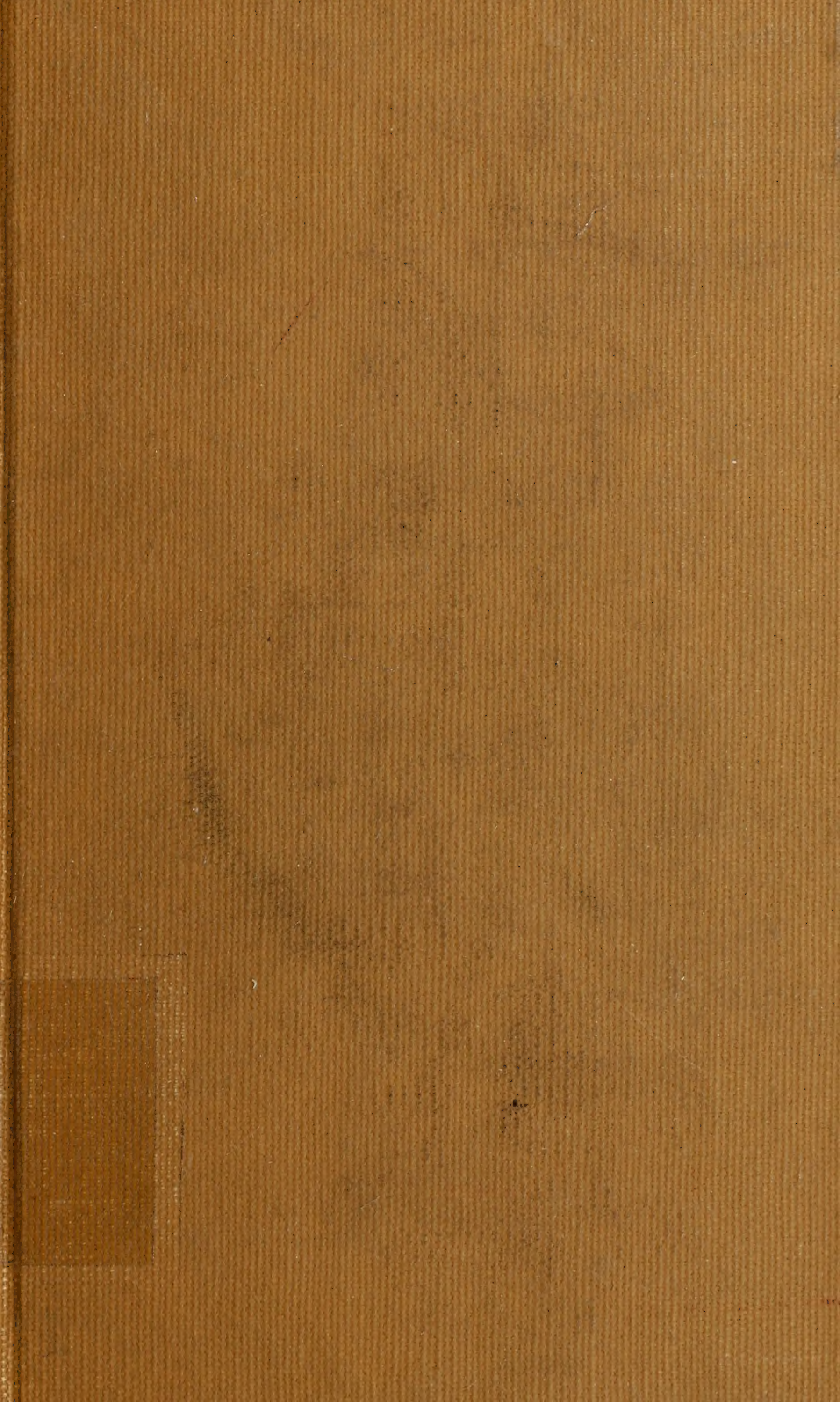
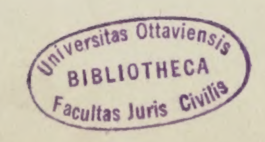
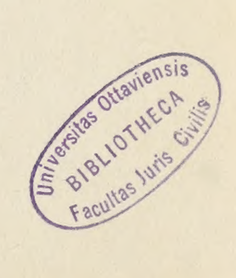



Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis




Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

Digitized by the Internet Archive
in 2011 with funding from
University of Toronto

http://www.archive.org/details/thorieetpratiq06laro

THÉORIE ET PRATIQUE

1125

DES

OBLIGATIONS

VI

OUVRAGES DU MÊME AUTEUR

ET A LA MÊME LIBRAIRIE :

TITUS LUCRETIUS CARUS : De Rerum Natura

POÈME DE LUCRÈCE : La Nature

Traduit en vers français, avec le texte latin en regard. — 2e éditi
1879, in-8° : 9 fr.

VIRGILII MARONIS : Georgica

POÈME DE VIRGILE : Les Géorgiques

Traduit en vers français, avec le texte latin en regard
1882, in-8° : 5 fr.

FH

THÉORIE ET PRATIQUE

DES

OBLIGATIONS

OU

COMMENTAIRE

DES TITRES III ET IV, LIVRE III DU CODE CIVIL

ARTICLES 1101 A 1386

PAR M. L. LAROMBIÈRE

Membre de l'Institut
Ancien Premier Président de la Cour d'appel de Paris
Président à la Cour de cassation

NOUVELLE ÉDITION

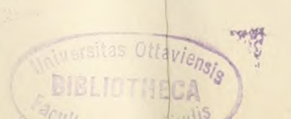
TENUE AU COURANT DE LA JURISPRUDENCE

TOME SIXIÈME

Articles 1322 à 1348

PARIS
A. DURAND ET PEDONE-LAURIEL, ÉDITEURS
Libraires de la Cour d'appel et de l'Ordre des Avocats
G. PEDONE-LAURIEL, SUCCESSEUR
13, RUE SOUFFLOT, 13

1885



KJV
1668
.L3727
1885
v.6

CODE CIVIL

Universitas ... BIBLIOTHECA ... Facultas ...

LIVRE III. — TITRE III

DES CONTRATS

OU

[L]ES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL

(Décrété le 7 février 1804. Promulgué le 17 du même mois.)

---

§ II. *De l'acte sous seing-privé.*

Article 1322.

L'acte sous seing-privé reconnu par celui auquel on l'op[p]ose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui [l']ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants-cause, la même [fo]i que l'acte authentique.

Sommaire.

1. Critique de la disposition des articles dans ce paragraphe.
2. Sur quoi est fondée la foi due à l'acte sous seing-privé.
3. Principes du droit romain et de notre ancienne jurisprudence à cet égard.
4. Nécessité de la reconnaissance ou de la vérification.
5. Différence entre l'acte privé et l'acte authentique quant à la foi qui leur est due.
6. Suite.
7. De la preuve de l'antidate ou de la postdate entre les souscripteurs de l'acte privé, leurs héritiers ou ayants-cause.
8. Suite.

9. *Quid*, lorsqu'un contrat de rente viagère a été antidaté?
10. De la foi due à l'acte, quant à sa date, à l'égard des tiers.
11. Sens des mots héritiers ou ayants-cause.
12. Pour que l'acte privé fasse foi de sa date à l'égard des souscripteurs, de leurs héritiers ou ayants-cause, il doit, avant tout, être un titre obligatoire.

COMMENTAIRE.

1. Les articles compris sous ce paragraphe ne sont peut-être pas distribués dans l'ordre le plus convenable. Il eût été, en effet, plus régulier de commencer par établir les conditions de forme nécessaires à l'acte sous seing-privé, et de terminer en indiquant le caractère et le degré de sa force probante. Le législateur a précisément suivi l'ordre inverse auquel la forme du commentaire nous oblige à nous conformer. Nous examinerons donc, tout d'abord, quelle est la force probante de l'acte sous seing-privé.

2. Nous avons vu que si l'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme, c'est que la loi consacre elle-même, à raison du caractère public dont il est revêtu, le témoignage du fonctionnaire qui l'a rédigé. Elle le place alors sous sa protection, et commande au juge de lui accorder, à son exemple, une confiance pleine et absolue, comme étant l'expression exacte et vraie de ce qui a été fait, dit ou convenu.

Alors, au contraire, qu'il s'agit d'un acte sous seing-privé, on comprend qu'il ne peut être investi d'autre force probante que de celle qu'il tire de l'aveu ou de la reconnaissance des parties qui l'ont rédigé et signé. Sans doute, lorsqu'un pareil acte est revêtu de toutes les formes voulues pour sa validité, il y a une présomption naturelle en faveur de sa sincérité et de son exactitude. Mais cette présomption n'a aucun caractère juridique de preuve, tant que l'écrit n'a pas été reconnu ou légalement tenu pour reconnu de la part de celui auquel on l'oppose. Jusque-là, la production de l'acte n'équivaut, de la part de celui qui l'invoque, qu'à une pure allégation dont il doit établir la vérité.

C'est que les écritures et signatures privées ne rendent point ar elles-mêmes témoignage de la sincérité des mentions qu'el- es contiennent, et semblent certifier contre celui auquel on les ppose. Elle n'ont et ne peuvent avoir cette autorité qu'après u'il a été prouvé qu'elles émanent réellement de la partie ontre laquelle on les invoque. Autrement, il dépendrait du emandeur d'intervertir la charge de la preuve, s'il lui suffi- ait de produire un acte sous seing-privé qu'il prétend émané e son adversaire, pour imposer à ce dernier l'obligation de rouver sa libération, et se dispenser lui-même d'établir sa emande. La production d'un acte sous seing-privé n'introduit onc aucune exception à ce principe général, que celui qui éclame l'exécution d'une obligation doit la prouver, et que elui qui se prétend libéré doit justifier le payement ou le fait ui a produit l'extinction de son obligation (1315).

3. Dans les principes du droit romain, l'acte fait sous la eule signature privée des parties, sans l'assistance de trois moins au moins, probes et dignes de foi, qui attestassent, n cas de dénégation, le fait de sa rédaction et de sa souscrip- on, cet acte, disons-nous, n'avait de valeur que tout autant u'il était reconnu par les signataires. Son efficacité dépen- ait ainsi de leur bonne foi; et le demandeur ne pouvait, en as de dénégation, que déférer le serment à son adversaire, ans qu'il pût demander la vérification des écritures et signa- ures par voie de comparaison, à cause des inconvénients, des icertitudes et des dangers de ce mode d'instruction.

Du reste, la convention ou le fait qui faisait le sujet de l'acte, ouvait être établi par témoins, comme tout autre contrat urement verbal (1).

Tels furent aussi les principes de notre ancienne jurispru- ence. Jusqu'à l'ordonnance de Moulins, de 1566, qui restrei- nit l'admissibilité jusque-là absolue de la preuve testimoniale,

(1) Voy. Novelle 73, ch. 2, 4 et 8.

toute convention pouvait être établie par témoins. Mais depuis cette époque, les actes sous seing-privé ont acquis en force probante ce que la preuve testimoniale a perdu. Toutefois, il ne tire encore aujourd'hui sa valeur que de sa reconnaissance ou vérification. Mais, en cas de désaveu ou de méconnaissance, la vérification peut s'en faire par titre, par témoins, par experts et comparaison d'écritures (1).

4. L'acte sous seing-privé, quoique régulier dans la forme, ne fait donc foi que lorsque l'écriture ou la signature en a été reconnue ou légalement tenue pour reconnue de la part de celui auquel on l'oppose. Tant que sa sincérité n'a pas été reconnue ou vérifiée en justice, il ne peut servir de base à une condamnation.

Mais lorsqu'il a été reconnu ou légalement tenu pour tel, il a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants-cause, la même foi que l'acte authentique (1322); et alors il fait foi, comme ce dernier, même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs, pourvu que l'énonciation ait un rapport direct à la disposition (1320).

La reconnaissance et l'aveu de l'écriture et de la signature de la part de celui qui a intérêt à les désavouer ou à les méconnaître, ont donc pour effet, sans toutefois conférer à l'acte sous seing-privé le caractère de l'authenticité, de lui attribuer une force pleinement probante. Du moment, en effet, qu'il est légalement avéré que l'écrit émane de celui à qui on l'oppose, ou de son auteur, on trouve dans la vérification préalable de ce fait tous les éléments possibles de certitude juridique. Ils apparaissent alors avec le caractère d'une réalité tout aussi incontestable que s'il s'agissait d'un acte émané d'un fonctionnaire public, et dont l'authenticité n'est elle-même fondée que sur une présomption légale d'infaillibilité de la part de son rédacteur. L'acte privé reconnu ou légalement tenu pour tel,

(1) Ordonn. de 1667, tit. 12, art. 7. — Art. 193 et suiv., C. pr.

a même en sa faveur une présomption naturellement plus forte de sincérité et d'exactitude, puisqu'il est plus difficile d'admettre un soupçon d'inexactitude ou d'erreur de la part des parties qui ont écrit ou signé, que de la part de l'officier public qui leur a servi d'interprète dans la rédaction d'un acte de son ministère. Tel est le fondement de la foi due aux actes sous seing-privé.

5. Ce n'est pas cependant que l'acte de cette nature, reconnu ou légalement tenu pour reconnu, ait, sous le rapport de sa force probante, la même autorité que l'acte authentique. Si ce dernier, ainsi que nous l'avons vu, fait foi, même à l'égard des tiers, des mentions et constatations qu'il renferme, et, conséquemment, de la date qu'il énonce, l'acte privé, au contraire, s'il n'a acquis date certaine par l'un des moyens que nous expliquerons sous l'article 1328, ne fait aucunement foi, à l'égard des tiers, de la date qu'il indique. Ce n'est donc, ainsi que le porte l'article 1322, qu'entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants-cause qu'il a la même foi que l'acte authentique.

Et encore, entre les souscripteurs, leurs héritiers ou ayants-cause, la force probante de l'un et de l'autre ne doit-elle pas être assimilée de tous points. Sans doute, l'acte sous seing-privé, reconnu ou légalement tenu pour tel, a, entre ces personnes, la même foi que l'acte authentique; mais cette foi due à l'acte privé ne s'applique avec une force égale qu'au fait ou à la convention qu'il constate, ainsi qu'aux énonciations qui ont un rapport direct à ce fait ou à cette convention. Il nous suffit donc, pour ce cas, de renvoyer à ce que nous avons dit, sous les articles précédents, de la foi due à l'acte authentique.

6. S'agit-il, au contraire, de la foi due à l'acte privé, en ce qui concerne la date, cet acte ne fait foi, même entre les souscripteurs, leurs héritiers ou ayants-cause, de la réalité de la date, que jusqu'à preuve contraire, sans qu'il soit besoin,

comme au cas où l'on conteste la date d'un acte authentique, de prendre la voie de l'inscription de faux.

Quant à la manière dont cette preuve doit être faite, et aux éléments qui légalement la constituent, ils varient, suivant la nature de la cause pour laquelle la sincérité de la date est attaquée. Ainsi, le souscripteur d'un écrit sous seing-privé, ses héritiers ou ayants-cause, attaquent-ils comme fausse et inexacte la date que l'acte énonce, sans invoquer, d'ailleurs, aucune circonstance qui établisse une fraude à la personne ou à la loi? Dans ce cas, la preuve de l'inexactitude et de la fausseté de la date ne pourra être administrée qu'à l'aide des mêmes éléments qui sont exclusivement admissibles, lorsqu'il s'agit de prouver contre et outre le contenu aux actes. La preuve testimoniale et les présomptions ne seront alors reçues que dans les cas particuliers où la loi les admet exceptionnellement, sur un commencement de preuve par écrit.

7. Mais si le signataire de l'acte, ses héritiers ou ayants-cause l'attaquent, sous le rapport de la sincérité de sa date, comme contenant une fraude à la loi, en ce sens qu'il aurait été antidaté ou postdaté, afin de donner à la convention ou à la disposition une valeur qu'elle n'aurait pas eue avec l'énonciation de la véritable date, dans cette hypothèse qui renferme une fraude à la loi, la preuve de la fausseté de la date peut être administrée, soit par témoins, soit à l'aide de présomptions simples. Mais remarquons bien que le débat étant engagé entre les souscripteurs, leurs héritiers ou ayants-cause, l'acte continue à faire foi entre eux de sa date, et que c'est à celui ou ceux qui l'attaquent à fournir la preuve contraire. Remarquons encore que l'attaque dirigée contre la sincérité de l'énonciation n'est, en réalité, que la contestation de la validité ou de l'efficacité de l'acte en lui-même.

Ainsi, celui qui a souscrit un acte qui n'a point acquis date certaine, antérieurement à la dation d'un conseil judiciaire ou à son interdiction, est admis à établir par tous moyens de

preuve contraire que cet acte a été fait postérieurement, et qu'il a été antidaté pour échapper à sa nullité de droit. Mais c'est à lui qu'incombe la charge de cette preuve contraire. Tant que la fausseté de ses énonciations n'est pas démontrée, l'acte fait foi de sa date, en faveur de la partie qui s'en prévaut, sans qu'elle soit tenue de prouver qu'il a été consenti avant l'interdiction du souscripteur ou la nomination d'un conseil judiciaire pour sa personne. La présomption contraire de l'inexactitude ou de la fausseté de la date, sur la seule contestation d'une partie intéressée, outre qu'elle est démentie par les énonciations de l'acte, serait en opposition avec tous les principes de droit (1).

Mais du moment que la date est contestée, comme il ne s'agit pas simplement de savoir si l'acte porte une date antérieure à l'interdiction du souscripteur ou à la dation d'un conseil judiciaire, mais bien si cet acte a été réellement souscrit par l'obligé à une époque où il pouvait contracter un engagement valable, il ne suffirait pas de constater que l'acte porte telle date, sans rechercher ni examiner, en outre, si cette date n'a pas été frauduleusement altérée et falsifiée (2). Ce n'est pas cependant, qu'on veuille bien y faire attention, qu'il y ait alors interversion dans la charge de la preuve, et que le créancier ait à prouver la sincérité de la date énoncée et contestée par son adversaire. Il s'ensuit seulement, la charge de la preuve contraire incombant toujours à ce dernier, que le juge doit, lorsqu'il déclare la validité du titre attaqué et qu'il en ordonne l'exécution, constater au moins que rien ne prouve l'inexactitude et la fausseté de la date qu'il énonce, sans se

(1) Duranton, t. 3, n° 772. — Aubry et Rau, sur Zachariæ, t. 5, p. 673, nte 91, 1re édit., et t. 8, p. 250, 4e édit. Ils avaient d'abord embrassé l'opinion contraire, t. 1, p. 259, nte 2, 1re édit. — Nancy, 1 mai 1842. Dalloz, 42, 2, 185. — Voy. encore Cass., 30 juin 1868. Sirey, 68, 1, 324.

(2) Cass., 4 fév. 1835. Dalloz, 35, 1, 32.

borner à dire qu'il contient telle date, et sans s'expliquer, en outre, sur sa sincérité.

Les mêmes principes s'appliquent au cas où une personne attaque, comme postdaté, un acte qu'elle prétend avoir été souscrit par elle en minorité, ou comme antidaté, un acte qu'elle dit n'avoir consenti que depuis son mariage, sans l'autorisation de son mari.

8. Quant aux héritiers et ayants-cause de celui qui a souscrit l'acte sous seing-privé, ils peuvent de même, par la preuve contraire, attaquer la sincérité de la date énoncée, lorsque la validité de l'acte est subordonnée à la réalité de la date qui lui a été donnée par les parties, et que sa nullité dépend de celle que la partie qui l'attaque lui attribue comme véritable. Tel est le cas où les héritiers d'une personne prétendent que, nonobstant la date énoncée dans l'acte, elle l'a réellement souscrit pendant sa minorité, durant le mariage, après son interdiction ou sa soumission à un conseil judiciaire. Mais l'acte ne laisse pas de faire foi, à leur égard, de la sincérité de la date qu'il exprime, jusqu'à preuve contraire.

9. Par exemple, comme le contrat de rente viagère doit être essentiellement aléatoire et ne pas constituer une spéculation, en quelque sorte à coup sûr, la loi annule tout contrat de rente viagère créé sur la tête d'une personne déjà atteinte de la maladie dont elle est morte dans les vingt jours de la date du contrat (1975). Or, il peut se faire que l'acte ait été antidaté, dans le but de le soustraire à la nullité prononcée contre lui.

Mais cette antidate peut d'abord avoir eu lieu, afin de déguiser sous les apparences d'un contrat à titre onéreux une véritable libéralité. Nous ne voyons alors rien dans les principes du droit qui empêche, dans ce but, l'antidate de l'acte, parce qu'elle n'est, en réalité, autre chose qu'une renonciation virtuelle à la nullité que la loi prononce. Dans ce cas, on prouverait vainement l'antidate, puisque le contrat vaudrait toujours comme donation.

Si elle n'a eu d'autre objet que de le soustraire à la nullité prononcée par l'article 1975, alors le constituant, si la rente a été créée sur la tête d'un tiers, ou ses héritiers, si elle a été créée sur sa tête, sont admis à prouver que le contrat a été réellement passé dans les vingt jours du décès. Mais c'est à celui qui prétend que le contrat a eu lieu dans ce délai, à en administrer la preuve. Car l'acte, même sous seing-privé, fait foi, jusqu'à preuve contraire, entre les contractants et leurs héritiers, de la sincérité de la date qu'il énonce, alors même qu'il n'a point acquis date certaine (1). Ainsi, d'une part, on ne peut dire, comme le prétend M. Delvincourt (2), que l'acte est présumé de plein droit antidaté, s'il n'a acquis date certaine, à l'égard des héritiers du constituant qui sont alors réputés tiers, et que c'est à ceux qui en demandent l'exécution à prouver la sincérité de la date; ni, d'autre part, soutenir qu'à défaut de date certaine acquise suivant l'article 1328, l'acte ne peut être opposé aux héritiers du constituant, contre lesquels même il est impossible de prouver qu'il n'existe aucune antidate.

10. A l'égard des tiers, l'acte sous seing-privé ne fait foi de sa date envers eux que lorsque cette date est devenue certaine par l'un des moyens indiqués par l'article 1328. Ce principe, incontesté sous l'ancien (3) comme sous le nouveau droit, est fondé sur la facilité avec laquelle les parties, seules maîtresses de la rédaction de leur acte, peuvent l'antidater ou le post-dater. Les actes de cette espèce ne font donc point foi de leur date, à l'égard des tiers, pas même jusqu'à preuve contraire de la part de ces derniers. Loin de là, c'est à la partie qui

(1) Duranton, t. 18, n° 151. — Troplong, *Contrats aléatoires*, nos 277 et suiv. — Zachariæ, t. 3, p. 83, et t. 5, p. 673, 1re édit., et t. 4, p. 586, et t. 8, p. 251, 4e édit. — Cass., 15 juill. 1824. Sirey, 25, 1, 46. — 5 avril 1842. Sirey, 42, 1, 300.

(2) T. 3, p. 425, nte 9.

(3) Pothier, *Oblig.*, n° 715.

s'en prévaut contre eux, à établir qu'ils ont acquis date certaine.

Cette différence, sous le rapport de la force probante des actes sous seing-privé, entre les souscripteurs, leurs héritiers ou ayants-cause, d'une part, et les tiers, de l'autre, a une très grande importance pratique. On ne saurait donc poser avec trop de soin les principes suivant lesquels ils se distinguent les uns des autres; et l'intérêt même de cette distinction s'accroît autant par les controverses de la doctrine et la diversité de la jurisprudence, que par les difficultés théoriques de la question.

11. Le mot, héritier, présente par lui-même une signification suffisamment claire. Il signifie toute personne venant à la succession d'une autre, en vertu d'une vocation légale ou testamentaire. Sous ce rapport, il faut placer sur la même ligne que l'héritier, tout successeur universel ou à titre universel, régulier ou irrégulier, qui représente activement et passivement la personne du défunt.

Mais si le sens du mot, héritier, peut être facilement déterminé, il n'en est pas de même de l'expression, ayant-cause ; ou plutôt, s'il est aisé d'en donner la définition d'une manière générale, de très sérieuses difficultés viennent tout aussitôt en embarrasser l'application. On peut définir l'ayant-cause, tout successeur particulier qui, en vertu d'un titre onéreux ou gratuit, soit qu'il tienne ses droits d'un testament, d'un contrat, ou de la loi, représente, dans l'exercice de ses droits et actions, la personne de son auteur. Et, dans le sens de cette représentation, on peut dire que les hériters et autres successeurs universels ou à titre universel sont également ayants-cause du défunt. Mais cette expression, qui vient dans le langage du droit toujours à la suite de celle d'héritiers, doit conserver son acception particulière, et en quelque sorte consacrée, suivant laquelle elle signifie spécialement, nous dirons même exclusivement, les successeurs particuliers, tels que le légataire, le donataire, l'acquéreur, l'échangiste, le locataire, l'antichrésiste.

Pris à la lettre, ce mot ayant-cause, *causam habens*, signifie celui qui a la même cause que son auteur, un titre commun et identique, soit qu'il s'agisse d'exercer un droit, de diriger une poursuite, d'intenter une action, d'y défendre ou de présenter une exception. En ce sens, le créancier qui poursuit le payement de ce qui lui est dû par la réalisation du gage de sa créance, est l'ayant-cause de son débiteur, bien qu'il l'ait pour adversaire, lorsque, exerçant les droits qu'il tient de la loi, il forme une saisie-arrêt, une saisie mobilière ou immobilière. Il est alors l'ayant-cause de son débiteur, en tant qu'il exerce en son lieu et place, contre lui et malgré lui, le droit de percevoir la créance arrêtée, de vendre les meubles ou immeubles saisis.

Est-ce à dire que, en cette qualité d'ayants-cause, on pourra opposer à d'autres personnes, comme faisant foi de leur date, les actes sous seing-privé émanés de leur auteur, bien qu'ils n'aient point acquis date certaine, lorsque ces actes confèrent à des tiers des droits qui, s'ils étaient reconnus à leur préjudice, viendraient annuler, anéantir, restreindre ou modifier ceux dont elles se trouvent personnellement investies? Nous examinerons cette question sous l'article 1328.

12. Quoi qu'il en soit, la première condition nécessaire pour qu'un acte sous seing-privé fasse foi de sa date entre les souscripteurs, leurs héritiers ou ayants-cause, c'est qu'il fasse titre obligatoire envers leurs auteurs. Car s'il ne constatait pas régulièrement l'engagement qu'il énonce, de manière qu'il ne pût être opposé à l'une des parties, ce ne serait pas seulement la force probante de l'acte, quant à la date qu'il exprime, qui serait attaquée, ce serait l'existence de la convention ou disposition même qui serait contestée.

Nous empruntons un exemple aux Recueils d'arrêts. Par acte sous seing-privé, en date du 6 janvier 1835, Dugrand-Launay avait constitué au profit de Dugrez, son jardinier, une rente viagère de trois cent douze francs, moyennant un capital de deux mille six cents francs, qu'il déclara avoir reçu de lui.

Dugrez ne sachant pas signer, l'acte fut seulement signé de Dugrand-Launay, et l'écrit resta entre les mains du constituant. Après le décès de Dugrez, ses héritiers demandent le remboursement des deux mille six cents francs. Dugrand-Launay oppose l'acte du 6 janvier 1835, et prétend que la somme lui est acquise par le décès du rentier. Mais cet acte n'avait été enregistré que le 12 juillet 1836, postérieurement au décès de Dugrez. Les héritiers prétendent, en conséquence, que l'écrit n'étant point signé de leur auteur, et n'étant point eux-mêmes héritiers ou ayants-cause de l'unique souscripteur, ils étaient de véritables tiers contre lesquels le titre du 6 janvier 1835 ne faisait point foi de sa date; que n'ayant acquis date certaine qu'après le décès du rentier, la constitution de rente viagère était nulle et sans effet, aux termes des articles 1974 et 1975, sans que le constituant pût être admis à en faire remonter la date à une époque antérieure, à l'aide de la seule preuve testimoniale, les moyens indiqués par l'article 1328, pour faire acquérir date certaine à un acte sous signature privée, ne pouvant être suppléés par aucun autre.

18 février 1837, arrêt de la Cour d'Angers (1), qui consacre ces prétentions des héritiers Dugrez; et M. Troplong (2), approuve les motifs de cette décision.

Il nous semble, au contraire, que ce n'est que par l'effet d'une véritable confusion que l'arrêt, qui du reste, au fond, a bien jugé, a posé la question dans les termes de l'article 1328. En voici la preuve : L'acte de constitution de rente n'étant signé que du constituant et étant toujours resté en sa possession, ne pouvait faire titre en sa faveur, car il était toujours facile de lui répondre qu'il s'était créé lui-même, et quand il l'avait voulu, ce prétendu titre. C'est au fond ce que prétendaient les héritiers Dugrez, qui ne se disaient tiers étrangers que parce que l'acte ne pouvait pas plus leur être opposé qu'à

(1) SIREY, 39, 2, 426.
(2) *Contrats aléatoires*, n° 228.

leur auteur lui-même qui ne l'avait pas signé. Or, qu'importait ici l'article 1328? Il était évidemment sans influence pour la décision de la question, puisque, en supposant l'enregistrement de l'acte opéré antérieurement au décès du rentier, ses héritiers, aussi bien que lui, auraient pu toujours soutenir que le constituant s'était créé un titre à lui-même. Il s'agissait donc en réalité de savoir, non pas si cet acte faisait ou non foi de sa date, mais bien s'il formait un titre régulièrement obligatoire; question qui sort des termes de l'article 1328, et pouvait, dans l'espèce, être résolue par les circonstances de la cause, telles que des poursuites en payement, ou des quittances d'arrérages de la part du rentier.

Article 1323.

Celui auquel on oppose un acte sous seing-privé est obligé d'avouer ou de désavouer formellement son écriture ou sa signature. — Ses héritiers ou ayants-cause peuvent se contenter de déclarer qu'ils ne connaissent pas l'écriture ou la signature de leur auteur.

Article 1324.

Dans le cas où la partie désavoue son écriture ou sa signature, et dans le cas où ses héritiers ou ayants-cause déclarent ne les point connaître, la vérification en est ordonnée en justice.

Sommaire.

1. L'action en reconnaissance ou en vérification est principale ou incidente.
2. Elle peut être intentée, soit que l'obligation soit exigible ou non. *Quid* des dépens dans ce cas?
3. Des dépens, lorsque le demandeur conclut en outre au payement de la dette.

4. Des délais d'assignation. Distinction.
5. De l'action en reconnaissance ou en vérification incidente.
6. La signature ou l'écriture doit être formellement désavouée ou méconnue par le défendeur.
7. Il n'est pas nécessaire de prendre des conclusions expresses en reconnaissance.
8. Distinctions établies par notre ancien droit, aujourd'hui rejetées.
9. Le défendeur doit s'expliquer d'une manière nette et catégorique.
10. Le juge doit, avant toute condamnation, vérifier l'écriture ou la signature.
11. On peut prendre la voie de l'inscription de faux contre un écrit privé,
12. A moins qu'il n'ait été formellement reconnu.
13. Nonobstant la reconnaissance ou la vérification, on peut faire valoir contre l'acte tous vices de fond ou de forme.

COMMENTAIRE.

1. Comme l'acte sous seing-privé, quelque régulier qu'il soit quant à la forme, ne fait foi entre ceux qui l'ont souscrit, et entre leurs héritiers et ayants-cause, que lorsqu'il est reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, la partie qui se prévaut d'un acte semblable doit, avant tout, obtenir de son adversaire ou de la justice, cette reconnaissance ou vérification, qui est le fondement de la force probante de son titre.

Cette action en reconnaissance ou vérification d'un acte sous signature privée est principale ou incidente. Elle est incidente, lorsqu'elle est poursuivie dans le cours d'une instance, et à l'occasion d'une demande fondée sur l'acte privé qu'il s'agit de faire reconnaître ou vérifier.

Elle est principale, lorsque sans former, quant à présent, une demande en condamnation, le demandeur se borne à poursuivre la reconnaissance de son titre sous seing privé. Nous nous occuperons d'abord de cette dernière action.

2. Elle peut être formée, soit que l'obligation soit exigible, ou qu'elle ne soit pas encore échue. Mais, « lorsqu'il aura été

rendu un jugement sur une demande en reconnaissance d'obligation sous seing-privé, formée avant l'échéance ou l'exigibilité de ladite obligation, il ne pourra être pris aucune inscription hypothécaire en vertu de ce jugement, qu'à défaut du payement de l'obligation après son échéance ou son exigibilité, à moins qu'il n'y ait eu stipulation contraire ». Quant aux frais relatifs à ce jugement, la même loi du 3 septembre 1807 dispose qu'ils ne pourront être répétés contre le débiteur, que dans le cas où il aura dénié sa signature. Les frais de l'enregistrement de l'écrit seront également à sa charge lorsqu'il aura dénié sa signature, ou lorsqu'il aura refusé de se libérer après l'échéance ou l'exigibilité de la dette (1).

Que si, au contraire, l'obligation est exigible, le jugement de reconnaissance emporte une hypothèque judiciaire (2123) qui peut être immédiatement inscrite.

Mais si, dans ce cas, le défendeur ne dénie pas la signature, tous les frais relatifs à la reconnaissance ou à la vérification, même ceux de l'enregistrement de l'écrit, seront à la charge du demandeur (193, C. pr.). Et ils y resteront même au cas où le défendeur n'aurait point acquitté la dette; car la loi de 1807, dans la partie même qui statue sur les dépens, ne s'applique point à l'hypothèse où la dette est exigible.

Il n'y a point, d'ailleurs, à distinguer quant aux dépens, soit que l'action soit formée avant ou après l'exigibilité de la dette, entre le cas où le défendeur dénie sa signature, et celui où il se borne à ne pas reconnaître celle de son auteur. Dans ce dernier cas, comme dans le premier, il doit supporter les frais de la vérification. Vainement, pour fonder cette distinction, on argumente des termes de l'article 193, C. pr., qui, pour le cas où le défendeur ne dénie pas la signature, met à la charge du demandeur tous les frais relatifs à la reconnaissance ou à la vérification. Or, dit-on, s'il y a lieu, dans les prévisions de l'article 193, à vérification, c'est qu'il suppose que le défendeur

(1) Voy. art. 1186, n° 19.

a déclaré ne point reconnaître la signature de son auteur. Donc, dans ce cas, le demandeur doit payer les frais, bien qu'il gagne son procès, l'écrit ayant été judiciairement reconnu.

Mais cette distinction nous semble reposer sur une fausse interprétation de l'article 193, C. pr. ; en effet, s'il met en opposition le cas de reconnaissance et celui de vérification, ce n'est pas qu'il suppose une contestation de la part du défendeur, en ce sens seulement qu'il ne reconnaît pas l'écriture de son auteur. Ces expressions correspondent respectivement aux termes dans lesquels l'action en vérification peut être conçue ; celui de reconnaissance, lorsque l'action est formée pour avoir acte de la reconnaissance du souscripteur lui-même ; celui de vérification, lorsqu'elle est formée pour faire tenir l'écrit pour reconnu. Ces termes sont des formules diverses, suivant que la signature émane du défendeur ou de son auteur. Mais l'article 193 n'a pas entendu faire par là exception à la règle générale posée dans l'article 130, C. pr., qui met les dépens à la charge de la partie qui succombe, eût-elle été même de bonne foi dans sa contestation. Celui qui dénie sa propre signature, ou qui méconnaît la signature de son auteur, doit donc indistinctement supporter les frais de l'instance en reconnaissance ou en vérification, lorsque l'écrit est judiciairement vérifié (1).

3. Les dispositions de l'article 193, C. pr., relatives aux dépens, ne sont applicables que lorsqu'il s'agit d'une demande exclusivement formée en reconnaissance ou vérification d'écriture. Si, outre ce chef de demande, le demandeur avait conclu suivant son droit, l'obligation étant exigible, à une condamnation en payement, et que cette condamnation fût prononcée, tous les frais de l'instance, même ceux de l'enregistrement de l'écrit, devraient être mis à la charge du défendeur, alors même qu'il n'aurait point dénié la signature. Ce cas est, en

(1) CHAUVEAU, sur Carré, *Quest.*, 800. — Cass., 11 mai 1829. SIREY, 29, 1, 178. — *Contrà*, DURANTON, t. 13, nº 119.

effet, bien différent de l'autre. Dans le premier, comme il n'y a pas eu contestation de la part du défendeur, et que le demandeur, poursuivant seulement la reconnaissance ou vérification de la signature, ne s'est pas prévalu de l'exigibilité de la dette pour en demander le payement, il est juste que le défendeur, qui ne dénie point la signature, ne soit pas condamné aux dépens d'une instance véritablement frustratoire. Dans le second cas, au contraire, bien qu'il n'y ait point contestation de sa part, en ce qui concerne la reconnaissance de l'écrit, néanmoins, comme il est en faute pour ne point avoir payé à l'échéance, alors que le payement lui était demandé, il doit être condamné aux frais, suivant la règle générale.

Mais il est fort rare, ou pour mieux dire, il n'arrive jamais que le créancier se borne, lorsque l'obligation est devenue exigible, à conclure dans sa demande aux fins de reconnaissance d'écriture et de signature seulement. Il conclut toujours en même temps à une condamnation au payement de la dette. Ces conclusions en payement sont même, le plus souvent, les seules prises, sauf au défendeur à dénier ou méconnaître la signature dans le cours de l'instance, et à élever ainsi incidemment une question de reconnaissance ou de vérification.

4. Lorsqu'il s'agit d'une demande principale en reconnaissance et vérification d'écritures privées, le demandeur, peut, sans permission du juge, faire assigner à trois jours pour avoir acte de la reconnaissance, ou pour faire tenir l'écrit pour reconnu (193, C. pr.). Mais si, à cette demande, il joint un chef de conclusions formelles en payement, l'obligation étant exigible, l'action doit être formée et introduite suivant les règles ordinaires, soit quant aux délais légaux d'ajournement, soit quant au préliminaire de conciliation.

5. Nous avons dit que l'action en reconnaissance était incidente lorsqu'elle était poursuivie dans le cours d'une instance, et à l'occasion d'une demande en condamnation fondée sur l'acte sous seing-privé qu'il s'agit de vérifier. C'est même pres-

que toujours par cette voie incidente que se présente la question de vérification ou de reconnaissance.

Du reste, dans ce cas comme dans celui d'une action principale, si le défendeur dénie la signature à lui attribuée, ou déclare ne pas reconnaître celle attribuée à un tiers, la vérification en pourra être ordonnée, tant par titres que par experts et par témoins (195, C. pr.).

6. Soit que la reconnaissance de l'acte sous seing-privé soit poursuivie par voie principale ou par voie incidente, celui auquel on oppose l'écrit est obligé d'avouer ou de désavouer formellement son écriture ou sa signature (1323).

Remarquons ici une différence essentielle entre celui à qui on attribue comme personnelle l'écriture ou la signature, et ses héritiers, successeurs ou ayants-cause. S'il doit avouer ou désavouer formellement, ceux-ci, au contraire, peuvent se contenter de déclarer qu'ils ne connaissent point l'écriture ou la signature de leur auteur (1323).

Au surplus, dans le cas où la partie désavoue son écriture ou sa signature, et dans le cas où ses héritiers ou ayants-cause déclarent ne les point connaître, la vérification en est ordonnée en justice (1324). Et le Code de procédure contient les règles particulières suivant lesquelles elle est ordonnée et faite.

Mais il y a cette différence, que s'il est prouvé que la pièce est écrite ou signée par celui qui l'a déniée, il sera condamné à cent cinquante francs d'amende envers le domaine, outre les dépens, dommages et intérêts de la partie, et pourra être condamnée par corps même pour le principal (213, C. pr.). Or, cette disposition ne s'applique point aux représentants ou ayants-cause du prétendu signataire.

7. Lorsqu'une partie forme une demande fondée sur un acte sous seing-privé, il n'est pas nécessaire, pour mettre le défendeur en demeure de le désavouer ou de le méconnaître, qu'elle prenne dans son ajournement des conclusions for-

ıelles en reconnaissance ou en vérification. Il suffit que l'acte ıi soit notifié en tête de l'exploit, ou communiqué dans le ours de l'instance, pour qu'il soit censé le reconnaître par on seul silence, par cela même qu'il ne le dénie ni ne le ıéconnaît (1).

A plus forte raison l'acte devra-t-il être tenu pour reconnu, i le défendeur a demandé un délai, discuté l'étendue de l'obli-;ation, présenté enfin un système de défense qui implique sa econnaissance ou son aveu.

Il est néanmoins plus sage et plus prudent de conclure for-nellement à la reconnaissance des écritures et signatures, ans préjudice des autres chefs de conclusions à fin de paye-nent. C'est que, dans ce cas, si le défendeur ne comparaît ıas, il sera donné défaut, et l'écrit sera tenu pour reconnu 194, C. pr.); tandis qu'en l'absence de conclusions formelles ı fin de faire tenir l'écrit pour reconnu, les juges, en donnant léfaut, ne pourraient adjuger les conclusions que si elles se rouvaient justes et bien vérifiées, conformément à la règle générale de l'article 150, C. pr.

Ce n'est pas que nous pensions que les tribunaux ne puis-sent point adjuger les conclusions du demandeur, sous le prétexte qu'on ne peut les considérer comme justifiées, puis-qu'elles ne sont fondées que sur un écrit privé dont la signa-ture n'est ni reconnue, ni vérifiée. Car, s'ils peuvent adjuger les conclusions du demandeur, alors même qu'une simple obligation verbale est invoquée, à plus forte raison le peuvent-ils lorsqu'il s'agit d'une obligation écrite qu'ils ont le droit et le pouvoir de vérifier eux-mêmes, contre laquelle le défen-deur n'élève aucune objection, et est présumé, par son défaut, n'en avoir aucune à élever (2).

(1) Toullier, t. 8, nº 229. — Zachariæ, t. 5, p. 669, 1re édit., et t. 8, p. 246, 4e édit. — Duranton, t. 13, nos 113 et 114. — Favard, Rép., vis *Acte sous seing-privé*, sect. 1, § 1. — Cass., 27 août 1835. Sirey, 35, 1, 584.

(2) *Contrà*, Toullier, t. 8, nº 230.

Nous pensons enfin que les juges pourraient, avant d'adjuger le défaut, ordonner d'office et par forme d'avant faire-droit, la vérification de la pièce, à la diligence du demandeur. M. Toullier (1) objecte vainement que ce serait lui accorder ce qu'il ne demandait point par son assignation. Sans doute, il n'a pas conclu à la reconnaissance et à la vérification, mais seulement dans la pensée que l'écrit ne serait point contesté. Or, lorsque le juge veut pour lui-même une vérification, l'obligation de la rapporter est imposée au demandeur de la même manière et au même titre que dans les cas divers où il s'agit d'une vérification quelconque à faire. L'objection de M. Toullier, si elle prouvait quelque chose, tendrait à interdire au juge la faculté d'ordonner toute vérification avant d'adjuger le défaut; car jamais elle n'est demandée par la partie d'une manière principale, puisqu'elle désire, au contraire, en être dispensée.

8. Cependant les articles 6 et 7 de l'édit de septembre 1684 établissaient une distinction. Lorsque c'était la partie elle-même qui avait écrit ou signé, qui était assignée en reconnaissance de son écriture ou de sa signature, le juge pouvait, sur son défaut et sans autre vérification préalable, tenir l'écrit pour reconnu. Mais si le défendeur était assigné en reconnaissance d'écriture ou de signature, en qualité de représentant ou d'ayant-cause, le juge ne pouvait tenir l'écriture ou la signature pour reconnue, sans ordonner, au préalable, une vérification.

Toutefois, une déclaration du 15 mai 1703, disposait que les porteurs de promesses, billets ou autres actes de commerce, pourraient obtenir condamnation sur de simples assignations en la manière ordinaire, sans que, au préalable, il fût besoin de procéder en reconnaissance, sinon en cas que le défendeur déniât la vérité des dits actes. Mais il n'y a plus,

(1) T. 8, *ibid.*

ous ce rapport, à faire de distinction entre les matières civiles et les matières commerciales. Si le défendeur ne comparaît pas, après avoir été assigné, pour avoir acte de la reconnaissance ou pour faire tenir l'écrit pour reconnu, il sera donné défaut, et l'écrit sera tenu pour reconnu (193-194, C. pr.). Ces dispositions sont générales et n'admettent aucune distinction.

Enfin, si le demandeur s'est borné à conclure au payement, sans prendre de conclusions à fin de vérification ou de reconnaissance, et que le défendeur fasse défaut, le tribunal n'adjuge la demande que si elle se trouve juste et vérifiée, soit qu'il s'agisse de matière commerciale ou de matière civile (194, 434, C. pr.).

Mais comme les tribunaux de commerce sont des tribunaux d'exception, ils doivent, si une pièce produite est méconnue, déniée ou arguée de faux, et que la partie persiste à s'en servir, renvoyer devant les juges qui doivent en connaître et surseoir au jugement de la demande principale. Néanmoins, si la pièce n'est relative qu'à un des chefs de la demande, il pourra être passé outre au jugement des autres chefs (427, C. pr.).

9. Le défendeur assigné en reconnaissance de l'écrit, ou simplement en payement de la dette, doit donc s'expliquer d'une manière nette et catégorique, désavouer formellement l'écriture ou la signature qu'on lui attribue, ou méconnaître celles qu'on attribue à son auteur (1323). S'il ne donne point d'explications formelles et positives, si, sous divers prétextes, il élude de les fournir, les juges peuvent lui fixer un délai, passé lequel, faute par lui de s'être expliqué, l'écrit sera tenu pour reconnu (1).

Ils peuvent même, sans qu'il soit besoin de lui impartir préalablement un délai, tenir immédiatement, suivant les circonstances, l'écrit pour reconnu, par cela seul que le défen-

(1) TOULLIER, t. 8, n° 232.

deur ne le désavoue pas ou ne le méconnaît pas formellement, qu'il refuse ou élude de fournir des explications.

Si même le défendeur auquel on attribue, comme émanées de sa main, l'écriture ou la signature, et qui doit dès lors les désavouer ou avouer formellement, se bornait à déclarer, comme si elles émanaient de son auteur, qu'ils ne les reconnaît pas, les juges pourraient, dans ce cas, suivant les circonstances de la cause, ne pas voir dans cette simple non reconnaissance une expression suffisante de désaveu, et, en conséquence, ils pourraient, sans avoir besoin d'ordonner une vérification préalable, tenir l'écrit pour reconnu (1).

10. Dans le cas où la partie désavoue son écriture ou sa signature, et dans le cas où ses héritiers ou ayants-cause déclarent ne les point connaître, il y a obligation pour le juge de vérifier, avant toute condamnation, la sincérité de l'acte, alors même que le défendeur n'a pas pris de conclusions formelles sur ce point. Les termes de l'article 1324 sont en effet impératifs; et quand ils portent que la vérification en est ordonnée en justice, ils imposent au juge l'obligation de l'ordonner même d'office. Rappelons, d'ailleurs, que cette vérification est le fondement de la force probante de l'acte sous signature privée (2).

Ce n'est point, cependant, que le juge soit tenu d'ordonner cette vérification, soit par titres, par témoins ou par experts. Il peut, lorsque l'inspection de la pièce désavouée ou méconnue, son état matériel, les explications des parties, les diverses circonstances de la cause lui fournissent des éléments suffisants de conviction, statuer d'ores et déjà, sans ordonner

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 669, n[te] 81, 1[re] édit., et t. 8, p. 247, 4[e] édit. — Cass., 9 déc. 1839. SIREY, 40, 1, 30. — Cass., 1[er] mai 1872. SIREY, 72, 1, 237.

(2) ZACHARIÆ, t. 5, p. 669, 1[re] édit., et t. 8, p. 247, 4[e] édit. — Cass., 15 juill. 1834. SIREY, 34, 1, 649. — 6 fév. 1837. SIREY, 37, 1, 201.

ucune autre mesure d'instruction. Les termes de l'article 95, C. pr., indiquent qu'il a sur ce point une faculté dont il eut user ou ne pas user, suivant les circonstances; et cette aculté ne s'applique pas seulement au choix qu'il lui est loiible de faire entre les divers moyens de vérification, tels que es titres, les témoins et les experts. Elle s'applique à la nesure d'instruction elle-même, indépendamment du choix u'il est autorisé à faire entre les divers éléments qui peuvent ervir à former sa conviction sur la sincérité ou la fausseté le la pièce.

D'autre part, l'article 323, C. pr., disposant que les juges ie sont point astreints à suivre l'avis des experts, si leur conriction s'y oppose, comment prétendrait-on les soumettre à a nécessité d'ordonner une mesure inutile, dans tous les cas, oit que ses résultats soient conformes ou contraires à leur onviction? Ainsi se concilie l'article 1324 avec la faculté que ious attribuons au juge : avant tout il faut vérifier l'acte sous eing-privé; mais le juge, comme expert de droit et supérieur tous autres, peut faire lui-même cette vérification (1), soit our admettre tout de suite l'acte comme sincère (2), ou pour e rejeter comme faux (3), alors surtout, dans cette dernière iypothèse, qu'il est attaqué comme ayant été obtenu au moyen le la substitution frauduleuse d'un écrit à un autre (4). La loi s'en rapporte, en un mot, sur ce point, à la sagesse et aux umières du juge.

(1) Boncenne, *Procédure civile*, t. 3, p. 486. — Chauveau, sur Carré, *Quest.* 803 *ter.* — Zachariæ, t. 5, p. 670, 1re édit., et t. 8, p. 247, 4e édit. — *Contrà*, Rauter, *Procédure*, n° 198.

(2) Cass., 9 fév. 1830. Sirey, 30, 1, 235. — 24 mai 1837. Sirey, 37, 1, 519. — 9 déc. 1839. Sirey, 40, 1, 30. — 3 déc. 1839. Sirey, 40, 1, 190. — 3 juill. 1850. Sirey, 50, 1, 705. — 10 mai 1870. Sirey, 71, 1, 224. — 23 mars 1874. Sirey, 74, 1, 265. — 28 mars 1876. Sirey, 76, 1, 215. — 7 février 1882. Sirey, 83, 1. 30.

(3) Voy. art. 1319, nos 19 et suiv. — Cass., 23 août 1836. Sirey, 36, 1, 740. — 14 mars 1837. Sirey, 37, 1, 199. — 14 juin 1843. Sirey, 43, 1, 685.

(4) Cass., 14 nov. 1837. Sirey, 38, 1, 801.

11. Au lieu de se borner à désavouer ou à méconnaître l'écriture ou la signature qu'on lui oppose, et de mettre, par cette dénégation ou cette méconnaissance, son adversaire dans la nécessité de faire procéder à la vérification de l'acte, le défendeur peut, par une attitude plus offensive, prendre l'initiative de l'attaque en s'inscrivant en faux. Mais alors c'est à lui qu'incombe la charge de prouver la fausseté de la pièce, tandis qu'en cas de vérification, la preuve de sa sincérité est à la charge de celui qui l'invoque.

Il y a mieux : celui qui prétend qu'une pièce signifiée, communiquée ou produite dans le cours de la procédure, est fausse ou falsifiée, peut, s'il y échet, être reçu à s'inscrire en faux, encore que la dite pièce ait été vérifiée, soit avec le demandeur, soit avec le défendeur en faux, à d'autres fins que celles d'une poursuite en faux principal ou incident, et que, en conséquence, il soit intervenu un jugement sur le fondement de la dite pièce comme véritable (214, C. pr.).

Une simple vérification d'écriture ne forme donc point obstacle à la recevabilité d'une inscription de faux, soit que cette vérification ait été faite contradictoirement entre les mêmes parties ou avec d'autres. Seulement, les rôles changent alors. De la défensive où il s'était tenu jusque-là, celui qui s'inscrit en faux passe à l'offensive, et après avoir laissé, pendant l'instruction en vérification, à son adversaire la charge de prouver la vérité et la sincérité de l'acte, il assume désormais sur lui l'obligation d'en établir la fausseté ou la falsification.

12. Il est sans doute inutile de remarquer ici que, si la partie à qui on oppose un acte privé avait formellement reconnu son écriture et sa signature ou celles de son auteur, elle ne serait plus recevable à s'inscrire en faux, à moins qu'elle ne prouvât que sa reconnaissance est le résultat de l'erreur ou du dol; par exemple, au cas où elle aurait été trompée par l'imitation parfaite de l'écriture et de la signature, au point de les reconnaître comme émanant d'elle-même, quoiqu'elles soient l'œuvre d'un habile faussaire.

Mais si elle n'avait fait que reconnaître sa signature ou celle le son auteur, et qu'elle prétendît ensuite que le corps de 'acte, non écrit de la main de l'un ni de l'autre, est faux, falsifié, frauduleusement altéré dans son contexte ou dans quelqu'une de ses parties, elle serait recevable à s'inscrire en faux. Car il n'y a pas eu, de sa part, une reconnaissance formelle et explicite de la sincérité de l'acte.

13. Du reste, la reconnaissance et l'aveu de l'écriture et de la signature, aussi bien que leur vérification judiciaire, n'enlèvent point à la partie à laquelle on les oppose, le droit de faire valoir contre l'exécution de l'acte tous autres moyens de droit tirés de l'existence du dol, de la violence, de l'erreur, de l'incapacité, du défaut ou de l'illégalité de la cause.

Elle pourra même, en dehors de ces points qui touchent à l'efficacité de la convention ou de la disposition en elle-même, attaquer l'acte sous le rapport des vices de forme, qui lui enlèvent tout ou partie de sa force probante, à moins qu'elle ne les ait couverts par quelque acte de confirmation ou de ratification.

Toutes ces questions peuvent servir de principe à autant de débats particuliers et nouveaux.

Article 1325.

Les actes sous seing-privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. — Il suffit d'un original pour toutes les personnes ayant le même intérêt. — Chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui en ont été faits. — Néanmoins, le défaut de mention que les orignaux ont été faits doubles, triples, etc., ne peut être opposé par celui qui a exécuté de sa part la convention portée dans l'acte.

Sommaire.

1. Définition de l'acte sous seing-privé, ses conditions de forme.
2. Des surcharges, interlignes, renvois et apostilles.
3. Des ratures.
4. De l'écriture et de la signature.
5. De la remise d'un blanc-seing.
6. La validité de l'acte est indépendante de l'accomplissement des formalités fiscales. Exception introduite par la loi du 5 juin 1850.
7. Dispositions exceptionnelles des articles 1325 et 1326. Bon pour et double écrit.
8. Comment ont été introduites dans le Code civil les dispositions de l'article 1325.
9. Sur quel ordre d'idées elles sont fondées. Examen critique.
10. Suite.
11. Ce que l'on doit entendre ici par conventions synallagmatiques.
12. L'article 1325 est inapplicable aux contrats synallagmatiques imparfaits,
13. A moins qu'ils ne produisent des obligations bilatérales. Exemples tirés du cautionnement, de l'acquiescement,
14. Des arrêtés de compte. Distinction.
15. Des reconnaissances de dette. Distinction.
16. Du compromis.
17. Des révocations et résolutions de contrats synallagmatiques. Distinction.
18. Des résiliations de baux et congés.
19. Des promesses de contrats synallagmatiques.
20. L'article 1325 est inapplicable si l'une des parties a exécuté son engagement.
21. Peu importe que le vendeur qui a livré la chose reste tenu de la garantie.
22. *Secùs*, si le vendeur s'est réservé, par exemple, un droit d'usufruit.
23. Du nombre des originaux. Quelles personnes ont le même intérêt?
24. Ou un intérêt distinct?
25. Si plusieurs ont un intérêt commun, peu importe à qui d'entre eux leur original est remis, s'il n'y a stipulation particulière.
26. Chaque original doit mentionner le nombre des originaux qui ont été faits.
27. Le défaut de cette mention sur un seul suffit pour infirmer l'acte.
28. on peut prouver la fausseté de la mention.

). Le défaut de cette énonciation ne peut être suppléé par une offre de preuve.
). Il est couvert à l'égard de celui qui a exécuté le contrat.
1. L'exécution a un effet personnel, même entre ceux qui ont un intérêt commun.
2. Il faut que les faits d'exécution soient postérieurs et en dehors de l'acte.
3. L'exécution couvre également le vice de la non rédaction en plusieurs originaux.
4. L'acte n'est soumis à aucune autre formalité.
5. Chaque contractant n'a pas à signer l'acte dont il est porteur.
6. L'article 1325 est inapplicable en matière de commerce. Exceptions.
7. Conséquences de l'inobservation des formalités du double écrit.
8. L'acte vaut comme commencement de preuve par écrit.
9. La convention peut être prouvée autrement.
0. Il fait foi du payement qu'il énonce.
1. Une partie ne peut couvrir le vice de l'acte sans le concours et contre la volonté de l'autre.
2. Le vice est couvert par le dépôt de l'acte entre les mains d'un tiers. Distinction.
3. *Quid,* si les parties échangent des actes constatant leurs obligations mutuelles?
4. Des contrats de vente formés par correspondance.
5. Des différences qui peuvent exister entre les divers originaux.
6. Un extrait suffit pour les parties ayant un intérêt distinct.
7. Observation sur le défaut de signature de l'un des contractants.

COMMENTAIRE.

1. L'acte sous seing-privé contient lui-même sa définition; c'est celui qui, sans l'intervention d'aucun officier public en cette qualité, est fait sous la seule signature des parties.

Il n'est soumis à aucune des formalités prescrites pour la passation des actes authentiques, et les parties dont il est l'œuvre exclusive peuvent le rédiger dans la forme qu'elles jugent la plus convenable. Il n'y a d'essentiel que leur signature.

Quant à cette signature, elle doit y être tracée en caractères ordinaires (1), sans qu'une croix, une sous-marque, un signe

(1) Voy l'article 1317, n° 22.

quelconque puissent la remplacer. L'apposition de pareils signes équivaut à l'absence de toute signature (1).

L'acte sous seing-privé n'a même pas besoin d'être daté pour être valable (2), sauf aux parties à en établir, suivant leur intérêt et leur droit, la date véritable, et sauf au signataire qui prétend que l'obligation est nulle, parce qu'il l'a souscrite en état d'incapacité, à en établir la date réelle par tous moyens de droit.

Par exception, cependant la loi exige qu'on date le testament olographe (970), la lettre de change (110, C. comm.), l'endossement (137, C. comm.), le billet à ordre (188, C. comm.), les polices d'assurance (332, C. comm.), etc...

Il est également indifférent que l'acte sous seing-privé énonce le lieu où il a été passé.

Il peut être écrit n'importe en quelle langue, française ou étrangère, vivante ou morte, et même en un idiome particulier du pays, pourvu que ce soit en une langue intelligible et avec les caractères ordinaires d'écriture.

Il peut être valablement écrit et signé au crayon, ou avec tout autre instrument d'écriture, sauf à la partie qui en conteste le caractère obligatoire, à établir, par les circonstances, qu'il n'est point sérieux.

Les notaires, huissiers et autres fonctionnaires publics et officiers ministériels, peuvent en être les rédacteurs. Les déclarations du 19 mars 1696 et du 14 juillet 1699, qui leur défendaient d'écrire ou de signer comme témoins aucun acte sous seing-privé, à peine d'interdiction, de nullité desdits actes et de deux cents livres d'amende, sont aujourd'hui abrogées (3).

(1) MERLIN, Rép., v° *Signature*, § 1, n° 8. — Paris, 13 juin 1807. SIREY, 7, 2, 1210. — Bruxelles, 26 déc. 1811. SIREY, 12, 2, 289. — Bourges 21 nov. 1871. SIREY, 72, 2, 206.

(2) TOULLIER, t. 8, n° 259. — DURANTON, t. 13, n° 127. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 645, 1re édit., et t. 8, p. 222, 4e édit.

(3) Avis du conseil d'État du 26 mars 1808. — Cass., 30 nov. 1807. SIREY, 8, 1, 85.

Les parties peuvent enfin, si elles le jugent convenable, se faire assister de témoins signataires ou non.

2. Les dispositions de la loi du 25 ventôse an XI, concernant les surcharges, les interlignes, les renvois ou apostilles, ne sont point applicables aux actes sous seing-privé. En conséquence, les mots surchargés et interlignés ne sont pas nuls de droit. Mais leur validité est elle-même subordonnée à l'appréciation des circonstances. Ainsi, ils seront valables, sans aucun doute, lorsqu'ils seront émanés de celui contre lequel on s'en prévaut, ou bien lorsque l'acte ayant été fait en plusieurs exemplaires, ils se rencontrent également sur tous. Que si, au contraire, les surcharges et interlignes sont de la main de la partie qui s'en prévaut, et que l'acte soit demeuré en sa possession, les juges peuvent déclarer nuls les mots surchargés et interlignés, s'il n'est pas suffisamment établi par les circonstances de la cause que celui à qui on les oppose y a donné son consentement.

Il en est de même des renvois et apostilles qui ne sont point signés, paraphés ni approuvés. Ils ne sont pas frappés de nullité, et peuvent valoir suivant les circonstances. Il s'agit en effet, dans ce cas, uniquement de savoir si la signature de la partie contre laquelle on s'en prévaut s'applique également aux renvois et apostilles, de manière à en faire une partie intégrante de l'acte. S'ils sont écrits de la main de celui à qui on les oppose, nul doute qu'ils ne soient valables, et qu'ils ne participent à la foi due au corps de l'écrit. Mais s'ils émanent de son adversaire, ils peuvent être annulés, s'il n'est pas établi d'une manière suffisante qu'ils ont été écrits du consentement de toutes les parties intéressées (1).

3. En traitant des actes notariés (2), nous avons dit que les ratures non approuvées sont censées n'avoir point existé au

(1) Zachariæ, t. 5, n° 646, nte 11, 1re édit., et t. 8, p. 222, 4e édit.
(2) Art. 1319, n° 29.

moment de la rédaction de l'acte; qu'en conséquence les mots raturés sont valables, à moins qu'il ne soit démontré que les ratures ont eu lieu du consentement de toutes parties. Mais cette présomption est inapplicable aux actes sous seing-privé, parce qu'elle se fonde uniquement sur le devoir imposé au notaire de mentionner et d'approuver les mots rayés, tandis que les personnes privées qui écrivent un acte ne sont point soumises à la même obligation. Les ratures qui existent dans les actes sous seing-privé sont donc censées faites lors de leur rédaction et du consentement de toutes parties, de telle sorte que les mots rayés sont frappés de nullité, à moins qu'il ne soit établi, par les diverses circonstances de la cause, qu'elles ont eu lieu par accident, fraude, mauvaise foi ou inadvertance; en un mot, sans le concours de la volonté de celui à qui on oppose la nullité des mots rayés.

Des difficultés sérieuses peuvent donc s'élever à l'occasion des surcharges, interlignes, renvois, apostilles et ratures. Les parties feront sagement de les prévenir en les signant, paraphant ou approuvant.

4. Les actes sous seing-privé peuvent être écrits indifféremment, soit par les parties elles-mêmes, soit par des tiers étrangers (1). Tel est du moins le principe, sauf quelques exceptions relatives au testament olographe (970), et à quelques autres actes d'une nature particulière, dont nous nous occuperons plus loin. L'apposition de la signature au pied de l'acte est la seule formalité qui soit, en général, prescrite pour sa validité.

Telle est même sa puissance à cet égard que l'acte est valable, sans approbation de l'écriture et du contenu de la pièce, bien que le signataire ne sache ou ne puisse ni écrire ni lire, et qu'il sache seulement signer, alors même que l'acte ne lui a point été lu, et qu'il n'a point voulu en prendre connais-

(1) Voy. *suprà*, n° 1. — Instit., *Princip., De empt. vend.*

sance, soit par indifférence, soit par confiance en la personne du rédacteur (1).

5. Ordinairement la signature n'est apposée à l'acte qu'après sa rédaction. Néanmoins, il arrive fort souvent qu'une partie remet d'avance sa signature sur une feuille de papier en blanc destinée à recevoir plus tard le corps de l'écrit. C'est ce qu'on appelle remise d'un blanc-seing. Lorsque l'acte ainsi signé d'avance a été rempli par le tiers à qui il avait été remis en blanc, des conventions, dispositions ou déclarations à la rédaction desquelles il était destiné, il a envers le signataire la même foi que s'il n'avait été signé qu'après sa rédaction complète et définitive (2), sans préjudice et sauf preuve des cas de dol et de fraude, si le blanc-seing a été rempli, par abus de la signature, contrairement aux instructions du signataire.

Mais quant aux tiers qui ont contracté de bonne foi, en conséquence et au vu de l'acte dont le blanc-seing a été rempli, leurs droits doivent être maintenus à l'égard du signataire, nonobstant l'abus prouvé du blanc-seing de la part du tiers à qui il avait été confié (3).

6. La validité de l'acte sous seing-privé est enfin indépendante de l'accomplissement des formalités fiscales du timbre et de l'enregistrement. Cependant, par une innovation jusque-là sans précédents dans notre législation moderne, et seulement applicable aux effets de commerce, la loi du 5 juin 1850 dispose par son article 5 : « Le porteur d'une lettre de change non timbrée ou non visée pour timbre, conformément aux articles 1, 2 et 3, n'aura d'action, en cas de non acceptation, que contre le tireur; en cas d'acceptation, il aura seulement

(1) TOULLIER, t. 8, n° 262.
(2) TOULLIER, t. 8, n° 265. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 644, 1re édit., et t. 8, p. 221, 4e édit.
(3) Voy. art. 1165, nos 7 et suiv.

action contre l'accepteur et contre le tireur, si ce dernier ne justifie pas qu'il y avait provision à l'échéance. Le porteur de tout autre effet sujet au timbre et non timbré, ou non visé pour timbre, conformément aux mêmes articles, n'aura d'action que contre le souscripteur. Toutes stipulations contraires sont nulles. » Mais comme le donneur d'aval est tenu solidairement, et par les mêmes voies que le tireur et souscripteur (142, 187, C. comm.), il reste soumis, comme eux, à l'action réservée par cet article 5 (1).

On voit que l'acte n'est point pour cela frappé de nullité, puisqu'il produit tous ses effets contre quelques-unes des parties, mais qu'il perd seulement de son efficacité sous le rapport du recours, dont l'exercice est subordonné à l'observation, dans les délais prescrits, de la formalité du timbre.

7. Cependant si, en général, les actes sous seing-privé ne sont soumis, quant à leur forme, à aucunes conditions particulières; si la loi n'exige pour leur validité que la signature des parties qui s'obligent; si elles sont libres de les rédiger dans la forme et de la manière qui leur paraissent les plus convenables, pourvu qu'elles y expriment nettement et clairement tout ce qui forme la substance de leur convention ou disposition, il existe deux espèces d'actes sous seing-privé pour la validité desquels les articles 1325 et 1326 exigent l'observation de formalités spéciales. Ce sont les actes qui contiennent des conventions synallagmatiques, et ceux par lesquels une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable.

8. Nous nous occuperons d'abord des actes de la première espèce. L'article 1325 dispose que les actes sous seing-privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux

(1) Cass., 11 février 1856. Sirey, 56, 1, 513.

u'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Arrêtons-nous ır cette première partie de ses dispositions.

Cette obligation de multiplier les originaux des actes sous eing-privé contenant des conventions synallagmatiques, est ppelée, dans le langage judiciaire, la formalité du double crit. Il est bon de savoir comment elle a été introduite dans otre législation civile.

La théorie du double écrit, inconnue en droit romain et ans notre ancienne jurisprudence, datait à peine de soixante ns, lorsque l'article 1325 l'a consacrée. Le plus ancien arrêt ité qui ait formellement décidé la question est un arrêt du arlement de Paris, du 30 août 1736, dont voici l'espèce :)ger avait vendu trois métairies à Verrier, par acte sous seing-rivé fait double, mais sans mentionner qu'il eût été fait doule. La veuve Verrier en demandant l'exécution, Oger préendit que l'acte était nul, parce que le double qu'elle prouisait, ni celui qu'il représentait lui-même, n'énonçaient pas ue l'acte eût été fait double. Un pareil système de défense ait bien peu favorable. Il n'avait pour lui, ni la loi, ni équité. Cependant, Oger gagna son procès. Le Parlement de aris déclara nul l'acte de vente. Bientôt après il consacra ette jurisprudence par de nouveaux arrêts des 6 août 1740, 3 janvier 1767, 27 novembre 1781. Il jugea même, par l'arrêt 1 23 janvier 1767, que l'exécution donnée à l'acte, qui même 'ait été déposé chez un tiers, était insuffisante pour couvrir nullité de la convention (1).

D'autres parlements furent entraînés par l'exemple à la ite du Parlement de Paris. Celui de Bordeaux, par arrêt du ois d'août 1759, décida qu'il était de formalité essentielle et ndamentale de faire en double, en mentionnant, en outre, i'il avait été fait double, tout acte sous seing-privé et police, .r lesquels les deux parties s'obligent réciproquement (2).

(1) Toullier, t. 8, n° 315.
(2) Salviat, p. 393,

Enfin, celui de Rouen jugea, par arrêt du 5 mars 1785, qu'un acte synallagmatique est nul, par cela seul qu'il n'a pas été fait double, et encore que, quoiqu'il portât qu'il avait été fait double, on pouvait être admis à prouver la fausseté de cette énonciation, et, qu'à défaut de preuve écrite, on pouvait faire interroger sur faits et articles la partie à laquelle on oppose la nullité de l'acte. Cet arrêt va même jusqu'à décider que le dépôt de l'écrit fait entre les mains d'un tiers ne peut couvrir la nullité résultant de l'inobservation de la formalité du double écrit (1).

Mais le Parlement de Douai, par arrêt du 7 janvier 1777, et celui de Grenoble, par arrêt du 23 février 1779, avaient formellement repoussé ce système (2).

Ce n'est pas que la question ne se fût présentée pour la première fois qu'en 1736, devant le Parlement de Paris. Elle y avait été déjà soulevée dans une cause dont Merlin (3) rapporte l'espèce d'après Brillon (4). Mais la doctrine qu'il fit triompher plus tard y fut repoussée, par arrêt du 3 décembre 1680.

Il est vrai encore que Raviot, sur Perrier (5) cite un arrêt, du 13 juillet 1676, par lequel, suivant lui, le Parlement de Dijon aurait le premier consacré la formalité du double écrit. La question y fut bien soulevée ; mais comme la partie qui excipiait de ce que l'acte contenant promesse d'échange n'avait pas été fait double, présentait d'autres moyens à l'appui de sa demande en nullité, il est difficile de savoir, ainsi que le remarque Merlin (6), si le Parlement de Dijon entendit prononcer, par ce seul motif, la nullité de l'acte.

Quoiqu'il en soit, telle était la jurisprudence la plus généra-

(1) Merlin, Quest., v[is] *Double écrit*, § 1.
(2) Merlin, *ibid.*
(3) *Ibid.*
(4) V° *Bail*, n° 16.
(5) T. 1, § 166, n° 1.
(6) *Ibid.*

ement établie sur la théorie des doubles originaux. Et il y a nême ceci de particulièrement remarquable, c'est que le Parement de Paris frappait de nullité non-seulement l'acte, mais a convention elle-même. Nous signalons tout de suite, en ous proposant d'y revenir, la différence considérable qui existe sous ce rapport entre les décisions de l'ancienne jurisprudence et les dispositions de la loi nouvelle. L'article 1325 se garde bien de prononcer la nullité de la convention; il se borne à déclarer non valables les actes sous seing-privé dans a passation desquels on n'a pas observé la formalité du double écrit.

9. Voyons maintenant sur quel ordre d'idées reposait la jurisprudence du Parlement de Paris. On disait, en résumé : dans les conventions synallagmatiques où les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres, il est de nécessité et de justice que chacun d'eux ait les mêmes moyens de se contraindre respectivement à l'exécution de leurs engagements réciproques. Il n'y aurait point, en réalité, entre les parties réciprocité d'obligations, s'il n'y avait pour l'une et pour l'autre égalité de moyens de contrainte. Or, si un contrat synallagmatique est constaté par un acte sous seing-privé, et que cet acte n'existe qu'en un seul original, celle-là seule des parties qui l'aura en sa possession aura le moyen de contraindre son adversaire à l'exécution de son engagement; tandis qu'il lui sera loisible, suivant son caprice ou son intérêt, de se soustraire à l'exécution de ses obligations personnelles, en supprimant ou en ne produisant pas l'acte qui est dans ses mains. Ainsi, par cela même qu'elle est maîtresse de la preuve elle est réellement maîtresse du sort de la convention. Cette convention, toute synallagmatique qu'elle puisse être, ne lie donc pas avec une égale force les parties contractantes; et cette inégalité dans le lien de droit est contraire à l'essence même du contrat. Donc il est nul, comme vicié dans son principe.

Cette doctrine se retrouve même aujourd'hui dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Car nous lisons dans un de ses arrêts (1), que si le contrat de vente, par exemple, est fait par acte sous seing-privé, il est nécessaire, pour former le lien de droit, que chacune des parties soit munie d'un titre à l'aide duquel elle puisse forcer l'autre à l'exécution des engagements qui peuvent naître du contrat.

Mais cette argumentation est tout à fait vicieuse, et bouleverse les principes les plus élémentaires du droit. Elle confond ce qui est de la substance des conventions en elles-mêmes avec ce qui ne se rapporte qu'à leur preuve, avec l'acte destiné à les constater.

Sans doute, dans les contrats synallagmatiques, les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres. Mais il n'est pas de même exact de prétendre que la réciprocité du lien de droit ait pour conséquence essentielle d'engager chaque partie envers l'autre avec la même efficacité. La convention ne cesse pas, en effet, d'être synallagmatique, bien que l'une des parties soit obligée moins efficacement que l'autre, et que cette inégalité dans le lien en altère la réciprocité. Nous nous bornerons à rappeler que l'un des contractants peut être tenu irrévocablement d'une obligation pure et simple, tandis que l'autre peut avoir à exercer une action en nullité ou en rescision, ou à opposer les effets d'une condition résolutoire, même purement potestative. On ne saurait donc prétendre qu'une convention synallagmatique cesse d'être valable à cause d'une inégalité respective dans le lien de droit.

Que doit-on dire ensuite, lorsqu'il n'existe d'autre différence dans la position de chaque contractant, qu'en ce qui touche les moyens d'établir l'existence de la convention? Il faut bien le redire chaque fois que ce principe est méconnu : la convention se forme et existe en soi, indépendamment de sa preuve.

(1) 31 janv. 1837. Sirey, 37, 1, 533.

.a loi n'exige pour sa formation régulière que le consentement et la capacité des parties, une cause licite et un objet qui soit dans le commerce. Mais jamais elle n'a considéré les moyens de preuve comme un élément essentiel de sa validité. Et alors même qu'elle en subordonne la preuve à un mode particulier de constatation, ce n'est pas que la convention n'existe point, mais seulement qu'elle n'est point régulièrement prouvée. Toute convention oblige donc les contractants, soit qu'il existe ou non des moyens légaux d'en établir l'existence.

Qu'importe, dès lors, que l'un des contractants ait entre ses mains un élément de preuve qui n'appartiendrait pas également à son adversaire? C'était à lui à prendre ses précautions et à se ménager un moyen aussi efficace de prouver la convention. Si en se privant personnellement de tout élément de preuve, il s'en est ainsi rapporté à la bonne foi de son adversaire, il ne doit imputer qu'à lui-même les suites de son imprudence. Lors donc que l'unique original de l'acte sous seing-privé est en la possession d'une seule partie, l'autre prétendra vainement qu'elle s'est livrée à son entière discrétion, en ne retenant pas elle-même un moyen semblable de preuve. On pourra toujours lui répondre que son imprudence ne saurait avoir pour effet d'invalider la preuve écrite qu'administre son adversaire par la seule production de l'acte; qu'après tout elle n'est pas destituée de tout moyen de preuve, même en cas de suppression frauduleuse de l'acte, puisqu'elle peut avoir un commencement de preuve écrite, déférer le serment et faire interroger sur faits et articles, sur le fait de la convention. Telles sont les critiques fondées que l'on a adressées à l'article 1325 (1).

Il convient toutefois, de reconnaître que le Code civil a eu un peu plus de ménagements pour les principes du droit,

(1) Voy. Nouveau-Denizart, v^is^ *Doubleécrit.* — Merlin, Rép. et Quest., v^is^ *Double écrit.* — Toullier, t. 8, n°s 311 et suiv.

que le Parlement de Paris. Quand ce dernier déclarait la convention nulle, à défaut d'un acte fait double, le Code civil se borne, en effet, à déclarer l'acte non valable. Le vice résultant de ce que l'acte n'a pas été fait en double original, n'affecte donc plus aujourd'hui l'existence même de la convention, et n'a d'autre effet que d'invalider l'écrit comme moyen régulier de preuve. Mais dans ces termes, les dispositions de l'article 1325 sont encore en opposition avec les principes les plus certains. Car chaque contractant doit être admis à établir l'existence de la convention qu'il allègue, par les divers moyens de preuve qui sont en sa possession, abstraction faite de la question de savoir si son adversaire a ou n'a pas également des moyens de preuve semblables ou différents, d'une égale ou moindre efficacité.

10. On a dit (1) que l'article 1325 pouvait s'expliquer par cette considération, que le législateur avait sans doute pensé que lorsque l'acte sous seing-privé, constatant une convention synallagmatique, n'était pas fait double, les parties n'avaient entendu faire qu'un simple projet de convention, sans s'engager définitivement; que c'était sur le fondement de cette présomption d'une convention non définitive, que l'acte sous seing-privé non fait double était déclaré non valable, comme moyen de constater un contrat définitivement arrêté.

Cet aperçu nous paraît manquer d'exactitude. Il est d'abord fort éloigné des motifs sur lesquels s'était fondé le Parlement de Paris, motifs qui ont été reproduits, lors de la rédaction du Code, dans l'exposé des motifs de M. Bigot-Préameneu et dans le rapport de M. Jaubert (2). Il est ensuite en opposition avec les termes de l'article 1325. En déclarant, en effet, non valables les actes sous seing-privé non faits double, lorsqu'ils contiennent des conventions synallagmatiques, il montre suffisam-

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 646, nte 13, 1re édit., et t. 8, p. 223, nte 13, 4e édit.

(2) Voy. LOCRÉ, t. 12, p. 393 et 511.

nent qu'il ne se préoccupe point de l'existence de la convention en elle-même, mais seulement des moyens de l'établir. Il accepte le contrat comme formé, comme existant, non en simple projet, mais d'une manière définitive; et, se plaçant dès lors au seul point de vue de sa preuve, il déclare non valable, comme élément de constatation, l'acte non fait double. Son inefficacité n'est donc point la conséquence d'une présomption légale, en vertu de laquelle la convention est réputée simple projet, mais de son irrégularité propre, en ce qu'il n'a point été fait double.

Ce qui le prouve de plus en plus, c'est que cette irrégularité de l'acte se couvre par l'exécution. L'article 1325 le dit lui-même; le défaut de mention que les originaux ont été faits double se couvre..... Nulle part il n'apparaît qu'il suppose une imperfection quelconque dans la convention. Loin de là, comme il ne s'occupe que de la force probante de l'acte qui la contient, c'est s'éloigner autant de son esprit que de son texte, que de chercher à interpréter ses dispositions à l'aide des règles particulières qui président à la formation des contrats.

Si l'on nous demande quelles sont les raisons sur lesquelles, suivant nous, les dispositions de l'article 1325 sont fondées, nous répondrons que le législateur, en imposant la formalité du double écrit pour les conventions synallagmatiques, a voulu garantir autant que possible l'observation des principes de bonne foi qui règlent l'exécution des contrats, et enlever à la mauvaise foi toute occasion de surprise et de fraude, en assurant également à chaque partie les moyens de la déjouer, et de contraindre réciproquement son adversaire à l'exécution de ses engagements. Telle est l'unique pensée de la loi, pensée de justice et d'équité, qui, alors même que les principes rigoureux du droit en sont altérés sous certains rapports, doit rendre la critique plus indulgente à son égard.

11. Entrons à présent dans l'explication de notre article, et voyons d'abord ce qu'il entend ici par conventions synallagmatiques.

Ces expressions s'appliquent, en première ligne, aux conventions synallagmatiques parfaites, telles que la vente, l'échange, le louage, la société, la transaction, le partage; et ensuite aux conventions synallagmatiques imparfaites de leur nature, lorsque les clauses et conditions particulières sous lesquelles elles ont été contractées leur donnent, par exception, le caractère et les effets de conventions synallagmatiques proprement dites.

Mais l'article 1325 est inapplicable aux conventions purement unilatérales, et même à celles que nous avons appelées synallagmatiques imparfaites. Nous avons vu, en effet, que les conventions synallagmatiques parfaites sont celles par lesquelles les parties s'obligent réciproquement l'une envers l'autre, mais de telle sorte que ces obligations sont également principales, et que, résultant immédiatement et directement du contrat, elles sont la cause l'une de l'autre. Au contraire, dans les conventions que nous avons appelées synallagmatiques imparfaites, si les parties s'obligent réciproquement l'une envers l'autre, il n'y en a qu'une néanmoins qui s'oblige directement et immédiatement d'une manière principale; tandis que l'autre ne contracte qu'une obligation éventuelle et subordonnée, dont l'existence n'est que la suite de l'obligation principale et dominante qui fait l'objet de la convention. Tels sont le mandat et le dépôt. Il n'y a d'engagement principal et direct que de la part du mandataire et du dépositaire. Quant aux obligations du mandant ou déposant, elles sont secondaires, éventuelles et subordonnées à l'exécution et aux suites que l'autre partie aura données à l'obligation principale. Ainsi, l'article 1325 ne s'applique point aux conventions de cette nature, alors même qu'une stipulation formelle aurait réglé l'indemnité et le recours du mandataire ou du dépositaire (1).

(1) Duranton, t. 13, n° 150. — Zachariæ, t. 5, p. 648, 1re édit., et t. 8, p. 226, 4e édit. — Cass., 23 avril 1877. Sirey, 78, 1, 399.

12. Il est de même, et à plus forte raison, inapplicable aux onventions purement unilatérales, qui ne peuvent être ran-;ées dans la catégorie des contrats synallagmatiques impar-aits, tels que le prêt, le commodat, les actes ordinaires de autionnement (1), les reconnaissances de dette, alors même ju'il y aurait stipulation d'un terme en faveur du débiteur (2); es actes de confirmation, de ratification, de renonciation à ine action en rescision ou en nullité, pourvu qu'ils ne constiuent pas, en réalité, une transaction véritable (3); enfin, le ;age et l'antichrèse simple (4).

13. Cependant, ainsi que nous l'avons déjà énoncé, l'article 325 doit recevoir son application lorsque les clauses et conlitions dont est assortie une convention de sa nature purenent unilatérale, lui donnent le caractère et la portée d'une onvention synallagmatique. Il est juste, en effet, dans ce cas, jue chaque partie ait le moyen de contraindre l'autre à l'exéution de ses engagements respectifs; tandis, au contraire, que i la formalité du double écrit n'était pas observée, le contracant qui ne serait point porteur de l'acte serait à la discrétion le l'autre.

Par exemple, j'acquiesce à un jugement qui me condamne, nais sous la condition, acceptée par mon adversaire, de m'acorder un délai pour l'exécution des condamnations. Comme l en résulte des engagements réciproques, l'acte doit être fait n autant d'originaux qu'il y a de personnes ayant un intérêt istinct (5).

Ainsi, je donne mon cautionnement sous la condition forielle que le créancier accorde terme au débiteur principal,

(1) ZACHARIÆ, *ibid.* — DURANTON, t. 18, n° 298. — TROPLONG, *'autionn.*, n° 20. — Cass., 22 nov. 1835. SIREY, 26, 1, 146.
(2) ZACHARIÆ, *ibid.*
(3) TOULLIER, t. 8, n° 501. — DURANTON, t. 13, n° 275.
(4) TROPLONG, *Nantissement*, n° 516. — DURANTON, t. 18, n° 559.
(5) Cass., 23 août 1853. SIREY, 55, 1, 94.

ou réduit en sa faveur le montant de la dette. L'acte de cautionnement est alors soumis aux prescriptions de l'article 1325. Autrement, si l'acte était fait en un seul original, et qu'il fût remis au créancier, celui-ci pourrait, à sa volonté et suivant son intérêt, se prévaloir de mon cautionnement ou y renoncer, et, dans ce dernier cas, contrevenir impunément à l'obligation qu'il avait contractée de suspendre ses poursuites ou de réduire la dette (1).

Par exemple encore, lorsqu'il a été stipulé que, dans le cas où le réméré ne serait pas exercé dans le délai fixé par l'acte de vente, la caution rembourserait l'acquéreur, et que ce dernier, moyennant ce remboursement, ne demeurerait point propriétaire de la chose et subrogerait, au contraire, la caution dans tous ses droits contre le vendeur; alors le cautionnement est un véritable contrat synallagmatique, qui doit, en conséquence, être rédigé en doubles originaux. La caution n'a, en effet, aucun autre moyen de poursuivre l'exécution des engagements contractés envers elle par l'acquéreur, si celui-ci entend ne pas user du bénéfice du cautionnement pour se soustraire à l'obligation de rétrocéder la chose à la caution qui le rembourse (2).

Mais si le délai demandé par la caution en faveur du débiteur n'emportait aucun engagement de la part du créancier; si le cautionnement avait été fourni sous la condition simple que les poursuites seraient suspendues pendant un certain temps, sans que le créancier s'y obligeât formellement, demeurant, au contraire, parfaitement libre de les continuer ou de les suspendre, et de satisfaire par là ou de ne pas satisfaire à la condition sous laquelle le cautionnement a été donné; dans

(1) Duranton, t. 13, n° 152. — Zachariæ, t. 5, p. 649, nte 19, 1re édit., et t. 8, p. 227, nte 21, 4e édit. — Cass., 14 mai 1817. Sirey, 18, 1, 47. — 23 juill. 1818. Sirey, 19, 1, 242. — Nîmes, 18 nov. 1851. Sirey, 52, 2, 363.

(2) Cass., 14 juin 1847. Sirey, 47, 1, 663.

cas, l'article 1325 est inapplicable. Car il n'y a qu'un engagement unilatéral de la part de la caution (1).

14. Quant aux arrêtés de compte, la formalité du double écrit ne leur est point, en principe, applicable (2). Soit qu'ils se rattachent ou non à l'exécution de conventions synallagmatiques; soit qu'ils aient pour objet de régler entre les parties les conséquences d'obligations réciproques ou unilatérales, de présenter d'un seul côté un état de sommes, de fournitures, de prestations, ou d'établir des deux parts une balance ou solde définitif, par voie de compensation, d'imputation ou de payement de reliquat; soit enfin qu'ils contiennent, pour résultat final, l'expression d'une quittance totale ou partielle donnée à l'une des parties, ou d'une obligation pour solde contractée par l'une envers l'autre; ils ne sont point soumis aux formes prescrites par l'article 1325.

C'est qu'ils ne contiennent point de conventions synallagmatiques, et que, par eux-mêmes, ils ne créent aucune espèce d'obligations mutuelles, à l'exécution desquelles chaque partie ait à contraindre réciproquement son adversaire. Un arrêté de compte aboutit, en effet, sauf le cas exceptionnel dont nous allons parler, à une obligation unilatérale de la part de celui qui se trouve en définitive débiteur, s'il n'établit même la libération de l'un et de l'autre. Or, lorsqu'il s'agit de l'application de l'article 1325, il faut apprécier le caractère de l'acte en soi, abstraction faite des actes antérieurs auxquels il se réfère, et des modifications qu'il apporte aux rapports primitifs des contractants. Il suffit que, par lui-même, il ne constitue point de convention synallagmatique (3).

(1) Cass., 3 avril 1850. Sirey, 50, 1, 246.

(2) Toullier, t. 8, n° 331. — Zachariæ, t. 5, p. 648, 1re édit., et t. 8, p. 228, 4e édit. — Duranton, t. 13, n° 153. — Orléans, 22 août 1840. Sirey, 40, 2, 433.

(3) Voy. Cass., 11 juin 1864. Sirey, 64, 1, 119. — 17 déc. 1872. Sirey, 72, 1, 421.

Il est vrai que toutes parties peuvent avoir intérêt à avoir chacune un original de l'arrêté, pour justifier que le compte a été fait, et, en cas de besoin, en reproduire les éléments, si l'acte les contient. Celui qu'il constitue débiteur, aussi bien que celui qu'il établit créancier, peut être intéressé à prévenir les conséquences de la suppression frauduleuse de l'original unique, parce qu'il y aurait, dès lors, nécessité de faire un nouveau compte. Mais c'est aux contractants à prendre leurs précautions à cet égard, soit en faisant l'arrêté en plusieurs originaux, soit en se demandant réciproquement la remise de titres antérieurs, des déclarations et des décharges, afin de se garantir autant que possible des surprises de la fraude et de la mauvaise foi. Quel que soit, après tout, l'intérêt qu'ils peuvent avoir à se ménager également le moyen de prouver l'arrêté de compte, comme cet acte ne contient aucune convention synallagmatique, l'article 1325 lui est inapplicable.

Cependant, s'il contenait au fond un engagement synallagmatique, il devrait être assujetti à la formalité du double écrit, non point comme simple arrêté de compte, mais comme convention bilatérale; par exemple, lorsqu'il renferme une véritable transaction sur certains points litigieux, ou que, s'agissant d'un compte de tutelle, le tuteur s'oblige à payer le reliquat à son pupille qui, de son côté, déclare renoncer à toute action en répétition et réclamation pour faits de tutelle (1).

Tel serait encore le cas où il contiendrait, avec stipulation de terme, novation de la dette résultant, à la charge de l'une des parties, de la balance du compte. Cette stipulation de novation avec terme constitue une obligation réciproque, à l'exécution de laquelle chaque contractant doit avoir également le moyen de contraindre son adversaire.

15. Par application du même principe, on doit soumettre à la formalité du double écrit les actes contenant reconnaissance

(1) Duranton, t. 13, n° 153.

'une dette antérieure, lorsque cette dette étant déjà réguliè-ement établie, le débiteur qui la reconnaît stipule une nova-on, ou contracte envers le créancier un engagement nouveau, ous la condition qu'un délai lui sera accordé. Si, dans ce cas, 'acte de reconnaissance n'était pas fait en double original, le réancier, porteur de l'original unique, aurait seul le moyen e contraindre le débiteur à l'exécution de la dernière obliga-on, ou de s'y soustraire en se prévalant du premier engage-ıent, que nous supposons constaté par un acte régulier resté n sa possession, indépendamment de l'acte de reconnaissance.)r, ce dernier acte contient une véritable convention synal-ıgmatique, puisque, d'une part, le créancier accorde terme t novation, et que d'autre part, le débiteur contracte, sous ı foi de cette promesse obligatoire, un nouvel engagement. l y a, en conséquence, nécessité d'appliquer l'article 1325.

Mais il ne faut point confondre ce cas avec celui que nous .vons prévu plus haut. Si nous avons dit que les reconnais-ances de dette, faites même avec stipulation de terme, ne sont ›as soumises à la formalité du double écrit, c'est dans la seule ıypothèse où la dette n'est pas constatée par un acte antérieur égulier. Car alors le créancier ne peut s'empêcher de produire 'acte de reconnaissance qui constitue son seul titre de créance, :t, conséquemment, d'accorder au débiteur le terme stipulé, ›u de le faire profiter de la novation convenue (1).

16. Le compromis est également soumis aux formalités ›rescrites par l'article 1325, quand il est fait par acte sous eing-privé (2). Si, d'une part, entre les parties qui compro-nettent et les arbitres nommés pour juger la contestation, il :onstitue un mandat, d'autre part, néanmoins, il établit entre es parties, et dans leurs rapports mutuels, l'engagement synal-agmatique de soumettre leur différend à un arbitrage. Chacune

(1) Alger, 22 mai 1878. Sirey, 78, 2, 333.
(2) Toullier, t. 8, nº 332.

d'elles doit donc avoir en sa possession des moyens égaux de contraindre les autres à l'exécution du compromis.

17. Les résolutions et révocations conventionnelles de contrats unilatéraux, alors même qu'elles contiennent accessoirement quelque obligation en faveur de l'obligé primitif, ne sauraient établir des conventions synallagmatiques. Elles sont toujours, à moins de circonstances particulières qui en changent le caractère, un contrat simplement unilatéral comme la convention originaire à laquelle elles s'appliquent.

Mais il en est autrement des actes par lesquels un contrat synallagmatique est résolu, résilié ou révoqué par les parties. Comme ils emportent, de part et d'autre, extinction des obligations réciproques qui résultaient du contrat primitif, ils établissent par cela même de nouveaux engagements également réciproques. Telle est la résolution conventionnelle d'une vente antérieure. Il en résulte, en effet, pour le vendeur, l'obligation de reprendre la chose vendue, et, pour l'acquéreur, l'obligation de la rendre, sans préjudice des autres restitutions de prix et de jouissances qui en sont la conséquence immédiate. L'acte qui contient cette résolution bilatérale doit donc être fait double, conformément à l'article 1325.

Cependant, si la résolution convenue était simplement unilatérale, de telle sorte qu'une seule partie fût admise à s'en prévaloir, comme alors elle ne contient point d'obligations réciproques, l'acte ne serait point soumis à la formalité du double écrit. Il suffirait de la remise du seul original aux mains de la partie qui seule est fondée à opposer la résolution. Quant au point de savoir si la faculté de résolution est convenue en faveur de toutes parties ou d'une seule, il dépend des termes dans lesquels l'acte est conçu. Mais de ce qu'il n'aura été fait qu'en un seul original, il sera permis de supposer qu'elle n'existe qu'à l'égard de celui qui est porteur de l'acte, à moins qu'il ne résulte expressément des termes dans lesquels il a été rédigé, que la résolution est commune aux

deux contractants, et emporte pour l'un et pour l'autre des engagements réciproques.

18. Ces principes s'appliquent également aux résiliations conventionnelles de baux, par lesquelles le bailleur et le preneur se rendent réciproquement leur liberté. Mais observons aussi que, si l'acte de résiliation n'est fait qu'en un seul original qui soit en la possession du bailleur ou du preneur, on pourra facilement admettre que la faculté de résiliation n'est pas réciproque, et n'appartient qu'à celle des parties aux mains de laquelle se trouve l'unique original, pourvu, toutefois, que l'acte ne soit point conçu dans des termes tels qu'il en résulte clairement que le bail était résilié indistinctement et également pour toutes parties. Hors ce cas, on pourra toujours répondre à celui qui excipera de la nullité de l'acte, pour n'avoir pas été fait double, que c'était à lui, s'il contenait réellement une convention synallagmatique de résiliation, à l'établir clairement dans la rédaction de l'acte, et à se conformer, en conséquence, pour la sûreté de ses droits, aux dispositions de l'article 1325.

Par les mêmes raisons, les congés amiables ne sont point soumis à la formalité du double écrit (1). Ainsi, il suffit que le bailleur ou le preneur ait fait énoncer dans une quittance des fermages que le congé a été donné. En effet, si la quittance n'est pas représentée, le preneur est obligé de payer deux fois, puisqu'il ne justifie point d'un premier payement. Le bailleur n'est donc pas à sa discrétion absolue.

La quittance est-elle produite, elle fait alors preuve de la volonté exprimée par les parties. Or, ne perdons pas de vue que le congé n'est autre chose que l'expression unilatérale de la volonté de celui qui le donne, et qu'il ne s'agit nullement alors d'une résiliation conventionnelle synallagmatique (2).

(1) *Contrà*, Duvergier, *Louage*, t. 1, n° 492.
(2) Troplong, *Louage*, n° 425.

Quant aux déclarations unilatérales par lesquelles le bailleur et le preneur reconnaissent que le bail sera résilié à partir de telle époque, elles ne sont pas non plus soumises aux formalités de l'article 1325. Ces déclarations, alors même qu'elles contiennent une résiliation contractuelle, sont, en effet, par leur forme, censées faites en faveur seulement de la partie à qui elles sont remises, de telle sorte que les contractants ne sauraient exciper de leur irrégularité prétendue, sous le prétexte qu'elles auraient dû être faites en doubles. Il est vrai que celui qui en est porteur peut en supprimer l'unique exemplaire. Mais cette suppression n'est, de sa part, que la renonciation à l'exercice d'une faculté unilatérale; et l'on peut répondre à l'autre partie que, si, comme elle le prétend, sa liberté lui avait été également rendue, il était de son intérêt et de son devoir de se faire remettre, pour en justifier, une déclaration semblable.

19. Les promesses de contrats synallagmatiques, lorsqu'elles sont également obligatoires pour toutes parties, sont de véritables conventions synallagmatiques soumises aux formalités de l'article 1325.

Mais les simples promesses unilatérales ne le sont point, puisqu'elles n'obligent que celui qui les fait. Cependant, quand elles se réalisent en contrat définitif et également obligatoire pour toutes parties, il y a nécessité de rédiger l'acte en double original, comme contenant dès lors des conventions synallagmatiques (1).

20. Les dispositions de l'article 1325 cessent néanmoins de recevoir leur application, lorsque le contrat étant synallagmatique de sa nature, l'une des parties a pleinement satisfait aux obligations qui en résultent pour elle, soit avant la rédaction de l'acte, soit au moment même de sa rédaction. Tel est le cas où l'acquéreur paye comptant le prix de vente, alors

(1) Duranton, t. 13, n° 147. — Marcadé, art. 1325, n° 4.

que, par ce payement, il exécute toutes les obligations par lui contractées envers le vendeur (1). Par suite de l'exécution de ces engagements respectifs, ainsi consommée par l'un des contractants, la convention, bien que synallagmatique de sa nature, devient, en réalité, simplement unilatérale. L'autre partie envers laquelle elle a été pleinement exécutée n'a plus aucun droit même éventuel à exercer, et n'a plus aucun intérêt à exiger que l'acte soit fait en deux originaux, dont l'un soit remis en sa possession.

Il est même indifférent, dans ce cas, que l'acte soit rédigé dans les termes propres à une vente, ou qu'il soit passé dans la forme d'une quittance donnée par le vendeur à l'acquéreur, et par laquelle il est énoncé que la somme payée l'a été pour prix de la vente consentie. Dans l'un et l'autre cas, il suffit que l'unique original de l'acte de vente ou la quittance soit remise à l'acquéreur, dont la libération d'une part et les droits de l'autre sont suffisamment constatés (2).

Il en est de même dans l'hypothèse inverse où c'est le vendeur qui, par la délivrance et la tradition de la chose vendue, satisfait au moment de la rédaction de l'acte à toutes les obligations par lui contractées. Comme l'acquéreur est alors le seul qui ait des engagements à remplir, il suffit que le vendeur, seul créancier, ait en sa possession l'unique original de l'acte, soit que cet acte ait été rédigé dans la forme d'une vente, soit qu'il consiste en une obligation souscrite par l'acquéreur, et causée pour vente suivie de la tradition de la chose qui a fait l'objet du contrat (3).

21. Il n'y a même pas à distinguer entre le cas où le vendeur est tenu d'une garantie quelconque, et celui où il n'est

(1) Toullier, t. 8, nº 327. — Duranton, t. 13, nº 146. — Zachariæ, t. 5, p. 649, 1re édit., et t. 8, p. 227, 4e édit. — Marcadé, art. 1325, nº 4. — Montpellier, 10 juin 1828. Sirey, 28, 2, 341.

(2) Toullier, t. 8, nº 327.

(3) Duranton, *ibid*. — Toullier, t. 8, nº 328.

tonu d'aucune garantie. Ce n'est pas que l'obligation de gara tie, quand elle existe, ne puisse être prise elle-même en cc sidération, pour déterminer le caractère synallagmatique contrat, et que l'acquéreur n'ait lui-même un intérêt manifes à avoir en sa possession un original de l'acte qui lui ser pour constituer son titre de propriété, ou pour exercer s recours en garantie contre le vendeur, alors surtout q postérieurement il a payé le prix de la vente. Mais cet intér de l'une des parties ne suffit pas pour l'application de l'artic 1325; il faut que cet intérêt se fonde sur l'existence d'une co vention qui emporte des engagements synallagmatiques. D'a leurs, la tradition de la chose par le vendeur et sa réceptic par l'acquéreur, sont des actes d'exécution réciproque q les rendent l'un et l'autre non recevables, le cas de garant échéant, à opposer que l'acte n'a pas été fait double (1325).

22. Mais si le vendeur, alors même qu'il reçoit le pr comptant, s'était réservé un droit d'usufruit ou de servituc sur les choses vendues, il y aurait nécessité de rédiger e double original l'acte sous seing-privé. Car il a besoin, dar ce cas, d'être muni d'un titre pour pouvoir forcer l'acquéreu à l'exécution des engagements réciproques qui naissent d contrat. Il importe même peu qu'il soit ou non dans l nécessité actuelle de l'y contraindre, au moment même où l contrat intervient entre eux. Il suffit que cette nécessité puiss se manifester plus tard, à une époque quelconque, pour qu l'article 1325 doive recevoir son application; par exemple, a cas où le vendeur se réservant l'usufruit retient la possessio de la chose (1).

23. L'article 1325, en exigeant que l'acte soit fait en autan d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct

(1) Zachariæ, t. 5, p. 649, 1re édit., et t. 8, p. 228, 4e édit. — Cass., 31 janv. 1837. Sirey, 37, 1, 533. — Agen, 17 août 1837. Sirey, 38, 2, 122.

n'exige point pour cela un nombre d'originaux correspondant exactement à celui des personnes qui stipulent ou promettent. Il suffit, dit-il, d'un seul original pour toutes les personnes ayant le même intérêt. Dans ce cas, en effet, ces personnes, liées entre elles par un intérêt semblable et commun, n'ont besoin que d'un seul original pour toutes, sauf à se le communiquer afin de poursuivre contre les autres l'exécution de leurs engagements respectifs.

Mais que doit-on entendre ici par ces mots, toutes personnes ayant le même intérêt? Ce sont celles, en employant les expressions mêmes de notre article, qui n'ont pas un intérêt distinct. Mais il faut alors expliquer ce qu'il entend par ces termes, des parties ayant un intérêt distinct. L'esprit dans lequel il est conçu le fait suffisamment comprendre ; ce sont celles qui, par l'effet immédiat et direct de la convention synallagmatique, s'obligent réciproquement les unes envers les autres. Au contraire, celles que la convention, considérée dans son caractère bilatéral, ne soumet pas à des obligations réciproques, comme stipulant d'un côté et promettant de l'autre, sont réputées avoir un intérêt commun.

Cette communauté d'intérêt peut sans doute donner lieu, entre les parties à l'égard desquelles elle existe, à des règlements, à des liquidations, à des divisions, à des actions en recours et indemnité. Néanmoins, ces intérêts particuliers qui les séparent et les distinguent, étant étrangers au caractère synallagmatique du contrat, n'empêchent pas qu'elles ne doivent être considérées, dans le sens spécial qu'y attache l'article 1325, comme ayant un intérêt commun (1).

Tels sont les associés, les coobligés solidaires ou conjoints, comme le mari et la femme (2), soit qu'ils stipulent ou promettent ensemble. Ainsi, les associés stipulant ou promettant

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 650, 1re édit., et t. 8, p. 228, 4e édit. — DURANTON, t. 13, n° 154. — MARCADÉ, art. 1325, n° 3.
(2) Cass., 15 juillet 1879. SIREY, 79, 1, 469.

pour les affaires de la société; les vendeurs ou acquéreu conjoints; les cohéritiers stipulant ou promettant en cet qualité; les cocréanciers ou codébiteurs solidaires, sont rép tés avoir un intérêt commun, de telle sorte qu'un seul origin suffit pour tous, sauf à eux à prendre toutes précautio convenables pour se garantir contre toute suppression fra duleuse de leur titre commun, de la part de celui qui en e dépositaire. Il en est de même à l'égard de l'obligé princip de ses cautions et certificateurs de cautions.

De ce que l'identité ou la séparation d'intérêt s'appréc relativement au caractère des stipulations d'un côté et des ob gations de l'autre, indépendamment des effets de ces stipul tions et obligations par rapport à ceux qui les ont faites contractées en commun, nous tirons la conséquence suivant les associés, les coobligés, de quelque manière qu'ils aie réglé entre eux les conditions et les garanties de leur recou les uns envers les autres, ne doivent jamais être considér que comme ayant le même intérêt, vis-à-vis de l'autre part contractante, bien que leurs conventions particulières puisse avoir, dans leurs rapports particuliers, un caractère synalla matique, et doivent, par suite, être rédigées en plusieurs or ginaux.

Ainsi, la femme qui s'oblige solidairement avec son ma ou comme sa caution, doit être réputée n'avoir que le mên intérêt, bien que son engagement donne lieu en sa faveur une hypothèque légale sur les biens de son mari, et qu'à c égard elle ait un intérêt distinct de celui de ce dernier. Cet séparation d'intérêt étant étrangère à celui envers lequel ell s'est engagée, et ne concernant que ses relations avec so coobligé, elle ne peut opposer au créancier qu'elle devait avo un original séparé (1).

24. Mais les parties ont, au contraire, un intérêt distinct

(1) *Contàr.* Cass., 23 août 1853. Sirey, 55, 1, 94.

rsque le contrat contient à leur égard des stipulations et
ligations exclusivement personnelles. Ainsi, doivent être
nsidérés comme ayant un intérêt distinct, les covendeurs ou
acquéreurs, lorsque, même par un seul et même acte, ils
ndent ou achètent une chose, non pas conjointement et le
it ensemble, mais chacun sans solidarité, pour une part
terminée et pour un prix particulier.

Cependant, si les covendeurs ou coacquéreurs avaient com-
ncé par vendre ou acheter conjointement et ensemble la
ose entière, ils ne cesseraient pas d'être considérés comme
ant un intérêt commun, quand même ils auraient, par des
uses spéciales insérées dans l'acte, déterminé, seulement
r rapport à eux, la part de chacun dans la chose ou dans
prix. Ce règlement de leurs intérêts particuliers dans la vente
dans l'achat, n'enlève pas à l'acte son caractère de vente
d'acquisition conjointe entre les vendeurs ou acquéreurs,
r rapport aux autres parties qui y sont restées étrangères.

25. Lorsque plusieurs personnes figurent dans un même acte
mme ayant un intérêt commun, il importe peu pour sa vali-
té que l'unique original, qui suffit pour elles toutes ensem-
e, soit remis à l'une d'entre elles plutôt qu'à telle autre, en
ur présence ou séparément. Il n'est même pas exigé qu'il
entionne la personne à qui il a été remis. Il est vrai que,
ns ce cas, celle à qui il a été livré peut, par un concert frau-
leux avec l'autre contractant, et par une suppression fraudu-
use des deux originaux, frustrer ses cointéressés du bénéfice
contrat, en les privant de tous moyens d'en poursuivre
xécution. Cet inconvénient est très réel; mais il suffit d'ob-
rver qu'il est tout à fait en dehors des prévisions de l'article
325; et nous ajoutons que les parties, ayant un intérêt com-
un, ont alors à se reprocher elles-mêmes de ne pas avoir
xigé chacune un original, ou de s'être exposées à un abus
e confiance par le choix d'un dépositaire infidèle (1).

(1) Duranton, t. 13, nº 154. — Zachariæ, t. 5, p. 650, nte 23,
re édit., et t. 8, p. 228, nte 25, 4e édit.

Aussi pensons-nous que l'acte ne serait pas valable si, l parties ayant un intérêt commun, il avait été stipulé par el qu'il serait fait plusieurs originaux, et qu'il n'en eût été f qu'un seul; ou bien encore s'il avait été convenu que l'uniq original serait remis à l'une d'entre elles spécialement dé gnée, et qu'il l'eût été à une autre. Ces stipulations partic lières, ayant pour objet d'assurer à chaque contractant l moyens de poursuivre l'exécution du contrat, reproduisei dans leur intention, l'esprit général de l'article 1325; et, d lors les infractions qui y sont commises doivent encourir même sanction que s'il s'agissait d'une infraction aux dispo tions mêmes de cet article, sauf les actes d'exécution qui couvrent l'irrégularité.

26. Il ne suffit point que l'acte sous seing-privé ait été fa en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intér distinct; il faut, en outre, que chaque original contienne mention du nombre des originaux qui ont été faits (1325). (comprend sans peine le motif de cette disposition. Si chaq original ne mentionnait pas le nombre des originaux qui o été faits, chaque contractant pourrait supprimer le titre q lui a été remis, et réduire par là son adversaire à l'impos bilité d'établir que l'acte a été fait réellement en plusieurs oi ginaux. Il faut donc que l'acte porte en lui-même la preu que toutes les formalités prescrites par la loi pour sa validi ont été remplies. Et cette disposition n'est elle-même qu'u application spéciale du principe qui régit la rédaction des act authentiques.

Aucune expression sacramentelle n'est exigée pour la rég larité de cette mention. Il suffit qu'il ressorte clairement d termes employés, que l'acte a été fait en autant d'origina qu'il y a de personnes ayant un intérêt distinct.

Il n'est même pas nécessaire que chaque original énonce nombre des originaux qui ont été faits. Il suffit d'exprime en termes généraux, que l'acte a été fait en autant d'origina

u'il y a de parties intéressées, sans dire qu'ils ont été faits ubles, triples, etc.

27. Si un seul original ne contenait pas la mention que l'acte été rédigé en doubles ou triples originaux, alors même que tte mention se trouverait dans tous les autres, l'acte serait n valable. C'est comme si la mention n'avait pas été faite du it. Sans doute la partie qui a l'original où la mention ne se uve pas, ne peut point le supprimer impunément, puisque ors les autres produisent des originaux réguliers et por- nt en eux la preuve de leur régularité, tandis que l'irrégula- té de l'acte ne peut résulter que de la production de l'original i la mention exigée n'existe point. Mais ceux qui sont por- urs d'originaux réguliers peuvent, par leur suppression auduleuse, mettre l'autre contractant dans l'impuissance de rouver légalement la convention. Il n'est donc pas vrai, dans cas, que toutes parties aient également en leur possession s moyens de se contraindre à l'exécution de leurs engage- ients réciproques.

28. S'il était énoncé mensongèrement que l'acte a été fait n autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt istinct, cette fausse mention ne couvrirait pas le vice résul- ant de l'inaccomplissement réel de cette formalité. Les par- ies peuvent donc offrir la preuve de la fausseté de cette énon- iation, et s'il est établi que l'acte n'a pas été fait double, les uges doivent le déclarer non valable (1).

Mais comme l'acte fait foi de la réalité du fait qu'il énonce, t qu'il s'agit de prouver contre sa teneur, la preuve de la ausseté de sa mention n'est recevable que conformément aux rincipes généraux du droit; c'est-à-dire qu'il faut une preuve crite, ou un commencement de preuve par écrit, ou l'aveu de la partie intéressée, sans préjudice de l'indivisibilité de ses déclarations (2).

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 651, 1re édit., et p. 230, 4e édit.
(2) Bordeaux, 23 nov. 1843. SIREY, 44, 2, 299. — Cass., 13 juin 1881. SIREY, 84, 1, 22.

29. Si chaque original ne contient pas la mention qu'il a été fait double, triple, etc..., les parties offriraient vainement la preuve qu'en réalité l'acte a été fait au nombre voulu d'originaux. Dans ce cas, en effet, on rencontre les mêmes inconvénients que l'article 1325 a voulu prévenir, en exigeant la mention du fait double. Son but a été d'empêcher toute suppression frauduleuse, et toute dénégation mensongère de la part du contractant qui prétend que l'acte n'a pas été fait en plusieurs originaux. Or, la preuve offerte, fût-elle administrée même par écrit, ne saurait couvrir le vice de forme résultant du défaut de la mention prescrite (1).

30. Néanmoins, le défaut de mention que les originaux ont été faits doubles, triples, etc..., ne peut être opposé par celui qui a exécuté de sa part la convention portée dans l'acte (1325). Cette disposition n'est que l'application à un cas particulier du principe général posé par l'article 1338.

Il importe peu que l'exécution soit totale ou partielle. Elle suffit toujours pour couvrir le vice résultant du défaut de la mention exigée.

Lorsqu'un seul des contractants a exécuté la convention, il est seul forclos du droit d'opposer le vice de l'acte. La confirmation qui résulte de ses faits personnels d'exécution ne le couvre que par rapport à lui, et les autres qui n'ont point exécuté le contrat, qui n'ont concouru ni participé à aucun acte d'exécution, peuvent toujours opposer le défaut de mention.

Il s'ensuit que l'acte est valable à l'égard des uns, sans l'être pour cela à l'égard des autres. Ainsi, les parties se trouvent placées dans une situation dont l'inégalité est en opposition avec la pensée même qui a inspiré les dispositions de l'article 1325. Le législateur a, en effet, voulu assurer à chaque contractant des moyens égaux de se contraindre l'un l'autre à l'exécution de leurs engagements réciproques. Or, les faits d'exécution couvrant le vice de l'acte, seulement par rapport

(1) Zachariæ, *ibid.*

à celui qui les a accomplis, il en résulte qu'il est engagé d'une manière irrévocable, tandis que celui qui n'a fait aucun acte d'exécution est maître du sort du contrat, et peut s'en prévaloir ou non, suivant son caprice ou son intérêt. Aussi, les judicieux annotateurs de M. Zachariæ (1) remarquent-ils, avec beaucoup de raison, que, pour être conséquent avec lui-même, le législateur aurait dû n'admettre, comme couvrant le vice résultant de l'inobservation de la formalité du double, que des faits d'exécution communs aux deux parties.

Il est, au surplus, à observer dans la pratique que, le plus souvent, les faits d'exécution ont ce caractère. Car, par la nature même des engagements réciproques qu'elles produisent, les conventions synallagmatiques comportent des faits d'exécution naturellement communs à toutes parties. Ainsi, dans la vente, dans le bail, la délivrance de la chose, comme tradition de la part du vendeur ou du bailleur, et comme acceptation ou réception de la part de l'acheteur ou du preneur, constitue une exécution pleine et entière du contrat qui rend indistinctement les deux parties non recevables à opposer le défaut de mention du fait double. Il en est de même du payement total ou partiel du prix, ou des fermages que l'acheteur ou le preneur aurait fait, en exécution de la convention, entre les mains du vendeur ou du bailleur (2).

Mais si le prix avait été payé à un tiers délégué pour recevoir par l'acte lui-même, ou à un créancier hypothécaire, sans le concours et la participation du bailleur ou du vendeur, ces derniers pourraient encore opposer le vice de l'acte, et les autres ne pourraient, au contraire, s'en prévaloir.

Ainsi encore, si le bailleur ou le vendeur avait, après la convention, délégué à un tiers le prix ou les fermages, mais sans acceptation de la part de l'acquéreur ou du preneur, il n'y aurait qu'un fait d'exécution personnelle aux premiers qui

(1) T. 5, p. 655, n^te 36, 1re édit.

(2) DURANTON, t. 13, n° 162. — TOULLIER, t. 8, n° 341. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 655, 1re édit., et t. 8, p. 233, 4e édit.

les empêcheraient seuls d'opposer le vice résultant du défaut de la mention exigée.

Tel est encore le cas où une seule des parties contendantes, sans le concours des autres, remet aux arbitres le compromis ou un mémoire en défense. Le vice de l'acte n'est couvert qu'à son égard (1).

31. S'il figurait d'un côté plusieurs personnes ayant le même intérêt, comme promettants ou stipulants, les actes d'exécutions émanés de l'une d'elles ne couvriraient le vice de l'acte que par rapport à elle, de telle sorte que ses consorts eux-mêmes seraient encore recevables à s'en prévaloir. Si, dans ce cas, un seul original suffit pour tous ceux qui ont un intérêt commun, il ne s'ensuit pas que les actes d'exécution de la part de l'un d'eux seulement soient opposables aux autres qui n'y ont ni participé ni concouru. La confirmation de l'acte qui en résulte est donc toute personnelle à celui-là seul qui les a accomplis. Et, sous ce rapport, il n'y a aucune distinction à faire entre le cas où l'obligation est solidaire et celui où elle est simplement conjointe. Seulement, si l'obligation est solidaire, celui qui a fait un acte d'exécution en est tenu pour le tout, bien que les autres en demeurent déchargés; tandis que si elle est simplement conjointe, il n'en reste tenu que pour sa part et portion virile, sauf au créancier à se prévaloir de l'inexécution partielle du contrat pour le faire résoudre pour le tout, à raison de son indivisibilité. Tel serait le cas où j'aurais, par le même acte, vendu ou acheté conjointement et le tout ensemble, pour un prix déterminé en bloc, un immeuble à plusieurs personnes, dont une seule aurait, par ses actes personnels d'exécution, couvert le vice résultant de l'inaccomplissement de la formalité du double écrit.

32. Les seuls faits d'exécution totale ou partielle capables de couvrir ce vice, sont ceux qui ont une existence posté-

(1) Toullier, t. 8, nº 341.

rieure au contrat et indépendante de ce qui est énoncé dans l'acte. Ainsi, le payement partiel du prix de vente, constaté par l'acte lui-même, ne saurait être considéré comme un acte d'exécution commun aux deux parties qui les empêche d'opposer le défaut de mention du fait double. Ce payement se confond, en effet, avec la formation du contrat, et n'en implique ni la confirmation, ni la ratification. L'irrégularité de l'acte subsiste donc tout entière (1).

33. Des termes de l'article 1325 il semble résulter que les faits d'exécution, communs ou personnels, couvrent seulement le vice résultant du défaut de la mention du fait double ; mais qu'ils sont impuissants à couvrir le vice résultant de ce qu'en réalité l'acte n'aurait pas été fait en plusieurs originaux. Il est, au contraire, incontestable qu'ils purgent également l'un et l'autre.

En effet, lorsque chaque original ne contient pas la mention du nombre des originaux qui ont été faits, c'est comme si réellement l'acte n'avait pas été fait double, puisque chaque partie peut par une dénégation mensongère et la suppression frauduleuse de son titre, soutenir que l'acte n'a point été rédigé conformément aux prescription de l'article 1325. Le défaut de mention équivaut donc au défaut de rédaction double. Les vices qui en résultent sont absolument semblables ; dès lors, les faits d'exécution qui couvrent l'un couvrent également l'autre. D'ailleurs, ainsi que nous l'avons remarqué déjà, notre article ne fait qu'appliquer à un cas spécial le principe général posé par l'article 1338. C'est donc par ce dernier article qu'il convient d'expliquer et de compléter ce que les termes de l'article 1325 peuvent avoir en apparence de restrictif et d'incomplet (2).

(1) Toullier, t. 8, nos 335, 338. — Zachariæ, *ibid.*
(2) Toullier, t. 8, n° 333. — Zachariæ, t. 5, p. 654, 1re édit., et t. 8, p. 232, 4e édit. — Duranton, t. 13, n° 161. — Cass., 15 fév. 1814. Sirey, 14, 1, 154. — 1er mars 1830. Sirey, 30, 1, 83. — 29 mars 1852. Sirey, 52, 1, 385. — 2 juill. 1877. Sirey, 77, 1, 415.

34. Les actes sous seing-privé constatant des conventions synallagmatiques ne sont soumis, quant à leur forme, à d'autres conditions particulières que celles exigées par l'article 1325. A l'exception des formalités du double écrit, il ne leur en est imposé aucune autre que celles auxquelles sont astreints, pour leur validité, les actes sous seing-privé en général.

Chaque original peut être écrit d'une main différente, soit par les contractants, soit par des tiers étrangers. La signature seule des parties est essentielle, et elles n'ont même pas besoin, lorsque l'acte n'est pas de leur écriture, d'apposer de leur main un *bon* ou *approuvé*, soit dans les termes de l'article 1326, soit dans l'une de ces formules ordinairement usitées : bon pour vente; bon pour bail; approuvant l'écriture ci-dessus; approuvant ce que dessus et d'autre part; approuvant la présente convention, quoique non écrite de ma main, etc... Ces énonciations sont inutiles. La signature toute seule, jointe à l'observation des formalités particulières du double écrit, suffit pour la parfaite régularité de l'acte. Le surplus n'est que de précaution.

35. Il n'est pas même exigé que les signatures de tous les contractants soient apposées sur chaque original. Le vœu de la loi est suffisamment rempli, lorsque chaque original contient les signatures des parties autres que celles à qui il est remis. Il est, en effet, parfaitement inutile que chaque contractant, qui n'a pas à s'engager envers lui-même, mette sa propre signature sur le titre dont il est porteur. Il suffit que les autres qui s'obligent envers lui y apposent leur signature. Tel est l'usage; et cet échange de signatures correspond à la réciprocité des engagements que les parties contractent les unes envers les autres (1).

(1) DENIZART, v[is] *Double écrit* n[os] 7 et 8. — TOULLIER, t. 8, n° 344. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 651, 1[re] édit., et t. 8, p. 229, 4[e] édit. — DURANTON, t. 13, n° 156. — MERLIN, Rép., v[is] *Double écrit*, n° 6. — Bor-

Il est enfin indifférent que les divers originaux soient signés en des lieux et en des temps différents, en l'absence ou en la présence des autres contractants (1).

36. Les dispositions de l'article 1325 sont inapplicables aux actes qui constatent des conventions synallagmatiques, constituant entre ceux qui les ont faites des actes de commerce. Les achats et ventes, en matière commerciale, s'établissent conformément à l'article 109, C. comm. Et les contrats d'assurance ne semblent point eux-mêmes soumis à la formalité du double écrit, quoique la question soit controversée (2). Mais s'il s'agissait d'une assurance constituant un acte purement civil, comme dans le cas d'une compagnie d'assurance mutuelle, nul doute que la police ne dût être rédigée suivant les prescriptions de l'article 1325, soit qu'elle fût manuscrite ou sur formule imprimée.

Il importe peu que les opérations constituant des actes de commerce soient intervenues entre négociants et commerçants, ou entre personnes d'une qualité différente (3). Toutefois, si la convention synallagmatique n'établit pas un acte de commerce réciproque entre toutes parties, celle à l'égard de laquelle elle ne constitue point un acte de commerce, peut opposer le défaut d'accomplissement des formalités prescrites par l'article 1325, tandis que l'autre n'a pas le même droit. Ainsi, le même acte, selon qu'il est considéré par rapport à tel

deaux, 16 déc. 1844. Sirey, 45, 2, 548. — Nancy, 23 juin 1849. Sirey, 52, 2, 454. — Rennes, 15 nov. 1869. Sirey, 70, 2, 314.

(1) Toullier, t. 8, nº 345.

(2) Voy., pour la nécessité de rédiger la police en double original, Locré, C. comm., t. 2, p. 290. — Favard, Rép., vº *Assurance*, § 4. — Boulay-Paty, *Droit maritime*, t. 3, p. 254. — Alauzet, *Des assurances*, t. 1, p. 403. — Bonnier, *De la preuve*, nº 566. — *Contrà*, Toullier, t. 8, nº 343. — Pardessus, nº 793. — Quénault, nºs 154 et suiv.

(3) Toullier, t. 8, nº 342. — Zachariæ, t. 5, p. 658, 1re édit., et t. 8, p. 235, 4e édit. — Duranton, t. 13, nº 149.

ou tel des contractants, et suivant la qualité de la personne, est assujetti, quant à la régularité de sa forme, à des formalités différentes, tantôt à celles de la loi civile, tantôt à celles plus simples de la loi commerciale (1).

Par exception, cependant, le Code de commerce exige que le connaissement soit fait en quatre originaux au moins (282), et que les actes de société soient dressés conformément aux dispositions de l'article 1325, C. civil (39).

37. L'inobservation des formalités particulières du double écrit a pour conséquence d'infirmer la force probante de l'acte, en ce qui concerne la convention synallagmatique qu'il avait pour objet de constater. La loi lui retire la foi qui lui est due lorsqu'il a été régulièrement dressé. Telle est la sanction de l'inaccomplissement des formes prescrites sans que, d'ailleurs, les tiers aient personnellement le droit de s'en prévaloir (2).

Il en résulte que l'acte ne constitue point un titre régulier en vertu duquel celui qui se prétend créancier puisse former une saisie-arrêt ou opposition, sans permission du juge (557, 558, C. pr.).

Il ne peut non plus suffire comme fondement d'un jugement de condamnation.

Il est enfin impuissant à former un juste titre pour prescrire par dix ou vingt ans (2267).

38. Ici se présente une question qui a été vivement débattue dans la doctrine et dans la jurisprudence. Il s'agit de savoir si l'acte sous seing-privé, alors qu'il n'a point été rédigé conformément aux dispositions de l'article 1325, et que, conséquemment, il ne fait point preuve complète, peut néanmoins servir de commencement de preuve par écrit de l'existence de la

(1) Zachariæ, *ibid.* — Cass., 8 nov. 1843. Sirey, 43, 1, 852.
(2) Rennes, 1er mai 1878. Sirey, 79, 2, 197.

convention synallagmatique qu'il a pour objet de constater. Nous n'hésitons point à nous prononcer pour l'affirmative.

L'article 1325, en ne déclarant les actes sous seing-privé, qui contiennent des conventions synallagmatiques, valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, et que chaque original contient la mention du nombre des originaux qui en ont été faits, l'article 1325, disons-nous, signifie seulement que ces actes, à raison de leur irrégularité, ne font pas preuve complète de la convention bilatérale qu'ils renferment. Mais il ne s'ensuit nullement qu'il leur refuse toute force probante, à titre de commencement de preuve par écrit, s'ils réunissent d'ailleurs toutes les conditions voulues pour valoir à ce titre subsidiaire. Or, l'article 1347 entend par commencement de preuve écrite tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué. A coup sûr, on ne saurait dénier ce caractère à l'acte sous seing-privé déclaré non valable, par cela seul que, contenant une convention synallagmatique, il n'a pas été fait plusieurs originaux, ou qu'il n'en contient pas la mention.

Prétendrait-on que la loi présume, en cas d'inobservation des formalités prescrites par l'article 1325, que la convention est restée à l'état de simple projet, et que les parties n'ont pas entendu contracter une obligation définitive? Il nous suffira de rappeler que nous avons déjà répondu que la loi, ne s'occupant ici que de la preuve, n'envisage l'acte que sous le rapport de sa force probante, et qu'il ne convient pas d'en interpréter les dispositions par les règles qui président à la formation des contrats.

On ajoute que si on accorde, dans ce cas, à l'acte sous seing-privé la valeur d'un commencement de preuve par écrit, on confère à la partie qui l'invoque un privilége dont l'autre se trouve privée, puisque cette dernière n'a pas les mêmes moyens d'établir la convention et de contraindre la première à l'exé-

cution de ses engagements; que la concession d'un semblabl avantage, faite à l'un des contractants, rompt la parfaite éga lité que l'article 1325 a eu pour but d'établir entre eux. Mai l'argument qu'on en tire se retourne, dans son exagération contre la loi elle-même.

En effet, il est incontestable et incontesté que tout acte pa écrit, une simple lettre, par exemple, constitue un commen cement de preuve écrite en faveur de celui qui en est porteur alors même qu'elle n'a point eu pour objet spécial d'établir la convention. Que devient alors cette prétendue égalité que l législateur a entendu établir, quant à l'administration de la preuve, entre les parties qui ont fait entre elles une conven tion synallagmatique? Elle n'existe évidemment pas, et, cepen dant, chacune d'elles est autorisée à se prévaloir des moyens particuliers de preuve qui sont en sa possession, et dont l'autre est personnellement dépourvue. Quelle qu'ait été l'intention du législateur d'assurer aux contractants les moyens de se contraindre réciproquement à l'exécution de leurs engagements respectifs, cette volonté n'a donc pas le caractère absolu qu'on lui prête; et, si l'article 1325 en contient l'expression la moins équivoque, il n'en est pas moins vrai qu'il est impossible de lui attribuer une portée aussi exagérée. Oui, la loi a voulu placer les contractants dans une situation parfaitement égale, en tant qu'il s'agit d'un acte valable, régulier, faisant preuve complète, ayant force pleinement probante. Mais si cet acte n'a point, à raison d'une irrégularité, d'un vice quelconque, cette vertu et efficacité, alors ils retombent dans la position commune que leur font les principes généraux du droit (1).

(1) TOULLIER, t. 8, n° 322; t. 9, n°s 84 et 85. — DELVINCOURT, t. 2, p. 825. — TROPLONG, *Vente*, n° 33. — MERLIN, Rép., v^{is} *Double écrit*, n° 8. — ZACHARIÆ, t. 8, p. 231, n^{te} 38, 4e édit. — Bordeaux, 3 mars 1826. SIREY, 26, 2, 267. — Besançon, 12 juin 1828. SIREY, 28, 2, 274. — Grenoble, 2 août 1839. SIREY, 40, 2, 196. — Cass., 28 nov. 1864. SIREY, 65, 1, 5. — *Contrà*, DURANTON, t. 13, n° 164.

Le commencement de preuve écrite résultant de l'acte sous seing-privé, non fait double, autorise dès lors la partie qui invoque à compléter sa preuve à l'aide de témoignages et même de simples présomptions.

39. L'inobservation des formalités prescrites par l'article 1325 n'ayant d'autre conséquence que d'infirmer l'acte sous le rapport de sa force probante, il s'ensuit que chaque contractant a le droit d'offrir et d'administrer la preuve de la convention, en dehors de l'acte déclaré non valable, suivant les règles et les principes ordinaires de droit commun. Ainsi, il peut déférer le serment litisdécisoire à son adversaire, ou le faire interroger sur faits et articles.

Il peut même offrir la preuve par témoins de l'existence de la convention, lorsque son objet ne dépasse pas cent cinquante francs, ou qu'il existe un commencement de preuve écrite, soit qu'elle résulte de tout autre acte indépendant de celui qui a été irrégulièrement dressé pour constater le contrat (1), ou qu'elle résulte seulement de celui-ci.

40. Si l'acte non fait double, ou ne contenant pas la mention du fait double est, pour cette cause, déclaré non valable, c'est seulement en ce qui touche la preuve de la convention synallagmatique qu'il avait pour objet de constater. Lors donc que cet acte établit quelque payement de la part de l'un ou de l'autre des contractants, il fait à cet égard preuve complète, comme s'il avait été régulièrement dressé. Dans ce cas, la convention demeurant inexécutée, on peut réclamer par la voie de la répétition de l'Indû ce que l'acte établit avoir été acquitté. Tel est l'acquéreur qui a payé comptant une partie du prix.

— FAVARD, Rép., v[is] *Acte sous seing-privé,* sect. 1, § 2, n° 10. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 652, 1[re] édit. — Amiens, 15 juill. 1826. SIREY, 28, 2, 175. — Bourges, 29 mars 1831. SIREY, 32, 2, 82. — Bastia, 11 juill. 1838. DALLOZ, 38, 2, 150.

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 654, 1[re] édit. — DURANTON, t. 13, n° 163.

On arrive, il est vrai, à ce résultat qui peut paraître étrang
à savoir que l'acte n'a par lui-même aucune force probar
suffisante pour établir l'existence de la convention synalla
matique, et que néanmoins il fournit une preuve complète
payement qu'il énonce. Mais il suffit de remarquer que s'il
prouve point la convention, c'est uniquement à cause de s
caractère bilatéral et de la nécessité de procurer à chaq
partie un moyen égal d'en obtenir l'exécution ; tandis que, s
fait foi du payement qu'il mentionne, c'est qu'il s'agit d'
simple fait qui constitue, de la part de celui qui a reçu, u
obligation unilatérale seulement.

41. Le vice résultant de l'inobservation des formalités
double écrit, ne peut être réparé ou couvert par le fait d'u
seule partie contre la volonté de l'autre. L'article 1325 fou
nit, en ce sens, un argument décisif. En effet, en disposa
que le vice résultant de ce que l'acte n'a pas été fait doub
ou n'en contient pas la mention, ne peut être opposé par cel
qui a exécuté de sa part la convention, il indique claireme
que celui qui ne l'a pas exécutée peut encore s'en prévaloi
Or, les actes d'exécution ne valent, contre celui qui les
accomplis, que comme renonciation de sa part à opposer
vice résultant de l'irrégularité de l'acte. Une renonciation fo
melle et expresse ne saurait donc avoir plus d'effet, et n'en
pêcherait pas l'autre partie d'opposer une exception dont el
ne peut être privée malgré elle.

Ainsi, la déclaration faite par l'un des contractants qu'
entend, en ce qui le concerne, réparer et couvrir le vice d
l'acte et accepter la convention, quoique irrégulièreme
constatée, n'a d'effet qu'à son égard.

La signification même qu'il ferait de l'original dont il es
porteur, ne priverait point l'autre contractant du droit d'e
opposer les vices. S'il en était autrement, on retomberai
dans les inconvénients que la loi a voulu prévenir, puisqu
l'une des parties ayant seule le moyen de couvrir le vice d

acte, aurait par cela même le moyen de contraindre l'autre l'exécution de la convention, sans que cette dernière eût la ıême faculté (1).

Quant aux arguments que M. Toullier (2) tire, en un sens ontraire, des principes relatifs à la formation des contrats, du oncours d'une offre prétendue toujours permanente avec une cceptation toujours possible, une semblable argumentation st ici complètement dépaysée; car il s'agit d'un vice d'acte, 'une irrégularité de titre, d'une insuffisance de preuve, et ullement de l'application des principes qui régissent la formation des contrats en eux-mêmes, indépendamment des actes éstinés à les constater.

Mais les juges peuvent, d'après les circonstances de la cause, econnaître et décider que l'autre partie, si elle n'y a point articipé ni concouru, a du moins acquiescé et adhéré aux ctes par lesquels son adversaire a personnellement réparé vice de l'acte.

42. Lorsque les parties sont convenues, en contractant, que acte serait déposé dans l'étude d'un notaire, ou entre les ıains d'un tiers désigné ou non, il n'est pas alors besoin de rédiger dans les formes du double écrit. Le dépôt qui en st effectué, conformément à la convention et dans un intérêt ommun, rend inutile l'accomplissement de ces formalités, uisque chacun des contractants, ayant la faculté de recourir l'unique original de l'acte, a également le moyen de contraindre l'autre à l'exécution de ses engagements. Peu importe ue cette convention de dépôt soit établie par une clause spéiale de l'acte, ou qu'elle résulte des circonstances. Les juges ourront toujours en reconnaître l'existence, même sur simles présomptions, puisque l'acte en rend lui-même l'allégaon vraisemblable, et constitue ainsi un commencement de reuve écrite.

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 657, 1re édit., et t. 8, p. 234, 4e édit.
(2) T. 8, no 325.

Bien que les parties ne soient point convenues, au mome du contrat, de déposer l'acte dans l'étude d'un notaire ou ent les mains d'un tiers, néanmoins le dépôt qui en est plus ta effectué dans un intérêt commun, avec le concours et le co sentement de toutes parties, suffit pour en couvrir et répar le vice. C'est, en effet, outre une égale facilité de prend communication du titre, un acte commun d'exécution q ne leur permet plus d'en opposer l'irrégularité (1). Tel es par exemple, le cas où le compromis ou l'acte qui le proro est resté constamment en la possession de l'un des arbitre du consentement de toutes les parties (2).

Mais si le dépôt, même dans l'étude d'un notaire, n'avait é fait que par un seul ou quelques-uns des contractants, sa le concours ou l'acquiescement des autres, il ne couvrirait vice de l'acte que de la part de celui ou de ceux qui l'ont effe tué. Les autres seraient toujours recevables à s'en prév loir (3), alors même que le déposant leur aurait fait notifi l'acte de dépôt (4).

Pour que le dépôt fait par un seul ou quelques-uns des co tractants soit réputé couvrir de leur part, comme fait d'ex cution, le vice résultant de l'irrégularité du titre, il faut qu' ait été opéré précisément en vue d'en assurer la conservatio et la représentation dans l'intérêt de toutes parties. Si, a contraire, il n'avait eu lieu, ce qui arrive fréquemment, qu dans l'intérêt personnel du déposant, il n'équivaudrait pas un acte d'exécution de sa part et ne couvrirait point, mêm par rapport à lui, le vice de l'acte. Il appartient au juge d'a

(1) Zachariæ, t. 5, p. 656, 1re édit., et t. 8, p. 234, 4e édit. — Toullier, t. 8, no 340. — Cass., 25 fév. 1835. Sirey, 35, 1, 225. — Grenoble, 2 août 1839. Sirey, 40, 2, 196. — Bordeaux, 23 nov. 184 Sirey, 44, 2, 299. — Cass., 29 mars 1852. Sirey, 52, 1, 385.

(2) Grenoble, 16 avril 1842. Sirey, 44, 2, 647.

(3) Zachariæ, *ibid.* — Bourges, 27 juin 1823. Sirey, 24, 2, 51. — Bordeaux, 13 mars 1829. Sirey, 29, 2, 170.

(4) Zachariæ, *ibid.* — *Contrà,* Toullier, t. 8, no 325.

écier, suivant les circonstances, l'intention qui a présidé u dépôt et le but que la partie s'est proposé en l'effec- ant (1).

Raviot, sur Périer (2), citant un arrêt du Parlement de ijon, du 13 juillet 1676 (3), enseigne que si l'acte non fait uble avait été laissé, à titre de dépôt, entre les mains de un des contractants, le dépositaire qui est lié par la foi du épôt, et qui doit être considéré comme un tiers chargé de ommuniquer l'acte et de le rendre commun aux parties, serait alablement engagé par la convention, sauf à celui qui en éclame l'exécution à établir le fait du dépôt par le serment u dépositaire ou tout autre moyen régulier de preuve. Cette pinion n'est en réalité, que la conséquence de la distinction u'il convient de faire entre l'acte et la convention, le moyen e preuve et le lien de droit. Car, au fond, prouver la con- ention de dépôt, c'est établir l'existence du contrat lui-même, l'aide d'éléments pris en dehors de l'acte destiné à le cons- ater. Cette convention de depôt, quelle que soit d'ailleurs, a diversité des cas, présuppose, en effet, nécessairement l'exis- ence du contrat à l'occasion duquel elle est intervenue, soit ar un seul et même acte, soit par un acte postérieur et éparé. Ajoutons que, dans ce dernier cas, il y aurait même n acte d'exécution commun à toutes parties, qui les rendrait galement non recevables à opposer le vice du titre.

43. Nous avons été amené à répéter presque à chaque page que l'intention du législateur avait été, en édictant l'arti- cle 1325, de mieux assurer l'efficacité et la réciprocité du lien le droit dans les conventions synallagmatiques, par la remise entre les mains de chaque contractant de moyens égaux de se contraindre mutuellement à l'exécution de leurs engage- ments respectifs. Or, supposons qu'un vendeur et un ache-

(1) Zachariæ, *ibid.*, nte 38, 1re édit., nte 43, 4e édit.
(2) T. 1, § 166, n° 4.
(3) Voy. Merlin, Quest., vis *Double ecrit*, § 1.

teur, pour prendre l'exemple le plus saillant d'une conventio synallagmatique, rédigent de cette manière l'acte destiné constater leur convention.

Dans un écrit particulier et séparé, le vendeur énonce tou les engagements qu'il contracte, vente, transmission de pro priété, délivrance, obligations accessoires. Dans un secon écrit, l'acquéreur énonce de son côté les engagements qu'i contracte à ce titre, le prix, sa quotité, son échéance, l'exigi bilité des intérêts, les modifications de la garantie, les réser ves stipulées par le vendeur, en un mot toutes ses obligation principales et secondaires. Les parties font entre elles échang de ces actes qui contiennent ainsi séparément les engagement respectifs de chacune d'elles. Nous croyons que le vœu de la loi est suffisamment rempli; car chaque contractant a entre les mains un titre au moyen duquel il peut poursuivre contre l'autre l'exécution de la convention. Si ce mode de rédaction n'est pas conforme à la lettre stricte de l'article 1325, il l'est du moins à son esprit, et fait disparaître tous les inconvénients qu'il a pour but d'empêcher.

Nous y mettons toutefois cette condition : c'est que chaque acte doit contenir la mention des autres actes séparés et particuliers qui auront été remis aux parties ayant des intérêts distincts. Cette mention, on le comprend sans peine, est ici d'aussi rigoureuse nécessité que dans le cas où l'acte est rédigé en plusieurs originaux conformes.

44. On s'est demandé si l'article 1325 n'interdisait pas implicitement la faculté de former un contrat synallagmatique, une vente, par exemple, par correspondance, *per epistolam*. Tout en la déplorant, M. Toullier (1) a cru d'abord à cette interdiction. Mais il est revenu plus tard (2) sur cette première

(1) T. 8, n° 325. — *Conf.*, Duranton, t. 16, n° 44.
(2) T. 8, p. 486, note.

›inion, combattue d'ailleurs par la plupart des auteurs qui ıt écrit sous le Code civil (1).

Le doute peut venir de ce que les lettres missives, en quelıe nombre qu'on les suppose, ne constatent jamais que la ›oposition d'une part ou l'acceptation de l'autre, sans qu'il ‹iste un double soit de l'une, soit de l'autre, dans les mains › chaque partie. Mais cet argument tiré, contre la validité ›s conventions synallagmatiques formées par voie de corres›ndance, de l'inobservation des formalités du double, se ›fute par l'impossibilité même où sont les parties d'exécuter, ›rsqu'elles contractent de cette manière, les dispositions de article 1325. Cet article suppose, en effet, la rédaction d'un :te sous seing-privé, et c'est pour ce cas seulement qu'il ‹ige la rédaction, avec mention de leur nombre, d'autant de oubles qu'il y a de parties intéressées, afin que chacune 'elles ait en sa possession un titre qui lui serve à poursuivre ontre les autres l'exécution du contrat. Or, les actes sous eing-privé dont parle l'article 1325, ne doivent pas être con›ndus avec les pièces d'une correspondance qui, considérées ;olément, ne constatent que l'un des deux termes essentiels la formation de toute convention. L'article 109, C. comm., n fournit lui-même la preuve, en disposant que les achats et entes se constatent par actes publics, par actes sous signaıre privée, par la correspondance. Autre chose donc la corespondance, autre chose les actes sous seing-privé.

Ainsi, lorsque l'article 1325 exige pour la validité des actes ous signature privée l'observation des formalités du double crit, il suppose un acte qui, par sa nature spéciale et sa édaction contradictoire admet l'observation de ces formes articulières. Mais si la position des parties et les actes des[uels elles déduisent la preuve de leurs engagements y résisent, il serait ridicule d'exiger d'elles l'accomplissement de

(1) MERLIN, Rép., v[is] *Double écrit.* — TROPLONG, *Vente,* n° 21. —)UVERGIER, *Vente,* n° 168.

l'impossible. Voilà pourquoi les conventions synallagmatique peuvent être établies par tous moyens réguliers de preuve, e notamment par la correspondance des contractants, en dehor et indépendamment de l'acte sous seing-privé que l'articl 1325 assujettit à des formes déterminées.

La prudence conseille, toutefois, de régulariser le contra par un acte qui mette en présence l'offre et l'acceptation. E effet, celui qui a fait l'offre, aussi bien que celui qui l'a accep tée, peut être victime de la suppression frauduleuse, de l part de son adversaire, des pièces essentielles de la corres pondance.

Les parties peuvent d'ailleurs, jusqu'à un certain point lorsqu'elles contractent de cette manière, satisfaire, sinon à l lettre, du moins à l'esprit de l'article 1325. Celle qui fait l proposition n'a, par exemple, qu'à faire un double de la lettr qui la contient. Les deux doubles sont envoyés au correspon dant; si celui-ci agrée la proposition, il signe l'un des dou bles et le renvoie au proposant, en gardant l'autre. Chaqu partie a ainsi un titre semblable qui lui assure le moyen d poursuivre l'exécution du contrat. Celui qui a fait l'offre l'acceptation de son adversaire, et celui-ci a la proposition d l'autre.

Notons, cependant, que le titre de l'un et de l'autre n'a pa une égale efficacité. Celui qui a fait l'offre a bien un titre parfait, puisque le double de la lettre remise en ses mains contient l'acceptation du correspondant. Mais ce dernier n'a en sa possession qu'une offre simple, qui par elle-même n'exprime point un contrat parfait et définitif. Or, si le proposant supprime ou dénie l'accceptation donnée dont il a seul la preuve; s'il soutient que son adversaire n'a qu'une lettre d'offres, lesquelles, suivant lui, ont été rétractées avant son acceptation, celui à qui elles ont été adressées et qui n'a pas la preuve de la perfection du contrat peut se trouver dans un singulier embarras, dans l'impossibilité même d'établir la convention. Pour obvier à ces inconvénients, inhérents à la forme même

e toute correspondance, il convient de dresser un nouvel cte où le contrat soit contradictoirement établi, sans préjuice et en outre des pièces échangées dans la correspondance, u tout au moins de faire consigner sur le double de la lettre ontenant la proposition, par celui qui l'a écrite, que cette roposition a été acceptée. Chaque partie a dès lors en sa ossession la preuve complète et distincte d'un contrat défiitivement consommé, sans qu'il y ait nécessité pour en établir a formation, d'en rapprocher les termes épars dans les pièces le la correspondance.

Ce n'est pas que de pareils écrits constituent toujours une preuve irréfragable de la convention, et qu'on ne puisse rien prouver contre et outre ce qu'ils énoncent, alors, surtout, qu'une partie en a été supprimée et soustraite à la justice. Mais il n'en est pas moins vrai que les fragments produits peuvent, dans tous les cas, et suivant l'appréciation des circonstances, former un commencement de preuve écrite qu'il ne s'agit plus que de compléter. Remarquons même que telle est la nature d'une correspondance, que si, quant à la force probante, elle se place au-dessous de l'acte sous seing-privé régulièrement dressé, à cause de la possibilité d'une suppression partielle des pièces qui la composent, elle se place néanmoins au-dessus de l'acte non fait double dont la suppression ne laisse rien subsister, à cause de la possession où elle met chaque contractant de la correspondance émanée de son adversaire; ce qui fait que l'importance de notre question en théorie se modifie singulièrement dans la pratique.

45. De la lettre même de l'article 1325, il résulte que les divers originaux doivent être tous des copies littéralement conformes. Cette conformité n'est cependant pas d'une rigueur absolue. Car si les différences qui existent entre eux ne portent que sur des points insignifiants, elles ne sont d'aucune considération.

Que si, au contraire, elles touchent à des points d'une

importance telle que la convention ne soit plus la même, et qu'elle soit sensiblement modifiée par la version d'un original comparée à celle d'un autre, il peut alors s'élever de sérieuses difficultés pratiques.

En principe, c'est à celui qui réclame l'exécution d'une obligation à la prouver. Il s'ensuit que les droits réclamés par chaque contractant devront être réduits à la mesure que leur assigne l'original dont il est porteur. Car c'est le seul titre qu'il puisse invoquer. Le doute, qui n'est qu'un défaut de preuve de sa part, devra donc s'interpréter contre lui et en faveur du débiteur, quant aux obligations correspondantes de ce dernier.

Cependant, en cas de diversité entre les différents originaux, foi sera due de préférence au double qui, se trouvant dans les mains du demandeur, sera écrit en entier de la main de celui auquel on l'oppose (1). S'ils étaient tous deux de la main du demandeur, on devrait s'en tenir à la moindre obligation, *sequi minimum;* car la preuve n'existe que dans cette mesure, le doute s'interprétant en faveur du débiteur. Il en sera de même s'ils sont écrits de la main d'un tiers étranger.

Mais ce n'est là qu'une règle générale, dont l'application est subordonnée aux circonstances. Les juges ont toujours le droit de rétablir la vérité des textes, de réparer les omissions, de rectifier les erreurs, d'après les faits de la cause et la comparaison des originaux entre eux. Chaque version différente constitue, en effet, un commencement de preuve de sa sincérité et de son exactitude, de telle sorte que tous moyens de preuve et de vérification deviennent admissibles.

Comme il ne s'agit alors que de rechercher de quel côté est l'erreur ou l'omission, nous pensons qu'il ne doit pas en être autrement même au cas où il est question de contrats tels que le louage ou la transaction, pour lesquels la preuve testimo-

(1) POTHIER, *Supplément au traité du louage,* n° 37. — Art. 284, C. comm. — Voy. Cass., 16 mai 1859. SIREY, 59, 1, 611.

niale n'est point admissible, quoiqu'il existe un commencement de preuve par écrit. Si, par exemple, une clause a été omise sur l'un des doubles, les juges pourront décider, par suite de la comparaison des écrits, que cette omission est le résultat d'une inadvertance (1).

Si même l'une des parties, sous un prétexte ou sous un autre, refusait de représenter son original, les juges pourraient avec raison en tirer argument contre elle. Sur tous ces points, la loi s'en rapporte à leur sagacité et à leur prudence. Si la partie dont le titre contient des différences en plus à sa charge refusait, pour cette raison, de le produire, le demandeur pourrait lui déférer le serment sur le fait de savoir si elle possède ou non la copie qu'elle ne produit pas, sauf ensuite à prouver que le double qu'il représente contient une erreur en moins, à son préjudice.

46. Lorsque plusieurs parties ayant un intérêt distinct figurent dans le même acte, il n'est pas besoin de remettre à chacune d'elles un original tout entier. Il suffit de lui fournir un extrait de l'acte pour la partie qui la concerne. Cet extrait vaut pour elle un original, puisque le surplus de l'acte n'intéresse que les tiers absolument étrangers par rapport à elle, et que la convention où elle figure en est distincte et indépendante.

47. La signature des contractants est essentielle à la régularité et à la validité de l'acte. Mais elle n'intéresse nullement l'existence de la convention en elle-même, si la rédaction d'un acte écrit n'a été stipulée comme condition formelle. Il s'ensuit que le contrat peut être établi par tous les moyens légaux de preuve, pris en dehors de l'acte qui est resté imparfait.

Quelquefois, cependant, l'absence de la signature de l'un des contractants suffit pour faire réputer la convention non avenue, à l'égard même de ceux qui ont signé. C'est ce qui

(1) TOULLIER, t. 9, n° 89.

arrive lorsque ces derniers sont fondés à prétendre que, l'acte n'ayant point reçu son entière perfection par la signature de toutes les parties qui y figurent, ils ont le droit de retirer un consentement qu'ils n'ont donné que sous la condition que l'acte ne demeurerait pas imparfait et à l'état de simple projet (1). Mais ces questions, on le comprend, touchent à la formation même des contrats (2).

Article 1326.

Le billet ou la promesse sous seing-privé par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit, ou du moins il faut qu'outre sa signature, il ait écrit de sa main un *bon* ou un *approuvé* portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose, — excepté dans le cas où l'acte émane de marchands, artisans, laboureurs, vignerons, gens de journée et de service.

Sommaire.

1. Dispositions de l'article 1326.
2. Il reproduit en partie la déclaration du 22 septembre 1733.
3. Critique de ses dispositions.
4. La formalité du *bon pour* ou de l'*approuvé* inconnue en droit romain. De l'exception *non numeratæ pecuniæ*.
5. L'article 1326 ne s'applique qu'aux obligations unilatérales.
6. Si plusieurs s'obligent par le même acte, ils doivent l'approuver séparément.
7. Peu importe que la chose doive être payée au créancier ou à un tiers.
8. L'obligation doit consister en une somme d'argent ou une chose fongible. Quantité appréciable. Cautionnement indéfini.
9. Exemples divers.
10. Des constitutions de rente.

(1) Pothier, *Oblig.*, nº 11.
(2) Voy. Cass., 13 juin 1883. Sirey, 84, 1, 329.

11. On ne peut éluder par la forme donnée à l'acte les dispositions de l'article 1326.
12. Suite. Distinction.
13. Ne sont pas exceptés les engagements unilatéraux contractés à l'occasion d'une convention synallagmatique.
14. L'article 1326 ne s'applique pas aux quittances. Distinction.
15. Formes du *bon pour* ou de l'*approuvé*.
16. Il suffit que l'obligé écrive la mention de la somme ou de la quantité.
17. Peu importe la place où est mis le *bon pour* ou *approuvé*.
18. Il peut être écrit en une langue et avec des caractères différents.
19. Exception à l'égard des marchands.
20. Lettres de change, billets à ordre, aval; distinctions.
21. Des actes ayant une cause commerciale, souscrits par un non commerçant.
22. Exception quant aux artisans,
23. Quant aux vignerons et laboureurs,
24. Quant aux gens de journée et de service.
25. Pour apprécier la qualité, il faut se reporter à l'époque de l'acte.
26. L'exception ne s'étend pas de droit d'un époux à l'autre.
27. Conséquences du défaut de *bon pour* ou d'*approuvé*, lorsque parmi les coobligés les uns sont dans l'exception, et que les autres n'y sont pas.
28. L'acte est irrégulier, à défaut de *bon pour* ou d'*approuvé*. Il vaut, néanmoins, comme commencement de preuve par écrit.
29. Quels faits d'exécution couvrent le vice de l'acte.

COMMENTAIRE.

1. L'article 1326 s'occupe de la seconde classe d'actes sous seing-privé, qui sont soumis à certaines formalités particulières. Ce sont les billets ou promesses par lesquels une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable.

Ils doivent être écrits en entier de la main de celui qui les souscrit; ou, du moins, il faut qu'outre sa signature il ait écrit de sa main un *bon* ou un *approuvé*, portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose; excepté dans le cas où l'acte émane de marchands, artisans, laboureurs, vignerons, gens de journée et de service. Telles sont les dispositions de l'article 1326.

2. Il reproduit, sauf quelques différences, celles de la déclaration du 22 septembre 1733, ainsi conçue : « Voulons que tous billets sous seing-privé, au porteur, à ordre ou autrement causés pour valeur en argent, autres néanmoins que ceux qui seront faits par des banquiers, négociants, marchands, manufacturiers, artisans, fermiers, vignerons, manouvriers, et autres de pareille qualité, seront de nul effet et valeur, si le corps du billet n'est de la main de celui qui l'aura signé, ou du moins si la somme portée au dit billet n'est reconnue par une approbation écrite en toutes lettres aussi de sa main : faute de quoi le payement n'en pourra être ordonné en justice.]

» Voulons néanmoins que celui qui refuse de payer le contenu aux dits billets ou promesses, soit tenu d'affirmer qu'il n'en a point reçu la valeur ; et, à l'égard de ses héritiers ou représentants, ils seront seulement tenus d'affirmer qu'ils n'ont aucune connaissance que les dits billets soient dus. »

Signalons tout de suite les différences essentielles qui distinguent les dispositions de la loi nouvelle de celles de la déclaration de 1733. Celle-ci ne s'appliquait qu'aux billets ou promesses causées pour valeur en argent ; l'article 1326 s'applique à tous les billets ou promesses portant obligation d'une somme d'argent ou autre chose appréciable. D'autre part, il ne déclare point, comme elle, de nul effet et valeur les actes sous seing-privé qui ne sont point faits conformément à ses prescriptions. Il ne soumet point enfin les héritiers ou représentants du souscripteur à l'obligation d'affirmer qu'ils n'ont aucune connaissance que les billets et promesses soient dus, pas plus qu'il n'oblige le souscripteur qui refuse de payer à affirmer qu'il n'en a point reçu la valeur.

3. En soumettant à la formalité de l'*approuvé* ou du *bon pour* les actes dont s'occupe notre article, le législateur a eu pour but d'empêcher autant que possible les abus de blancs-seings, et de garantir les parties contre les surprises de la fraude et les dangers du faux.

Malgré cette intention, assurément très louable, son œuvre n'a point échappé cependant à de vives critiques. Ainsi, on a remarqué d'abord, non sans raison peut-être (1), que les personnes exceptées par l'article 1326 étaient précisément celles qui avaient le plus besoin d'une protection particulière, tandis que celles à qui la protection de la loi est accordée sont, au contraire, le mieux en état de se protéger elles-mêmes. Cette observation ne manque pas de justesse. Néanmoins, l'exception consacrée par l'article 1326 se justifie par cette considération : c'est que les personnes auxquelles elle s'applique, sachant pour la plupart à peine signer, se seraient trouvées dans la nécessité, pour s'obliger valablement, de recourir au ministère dispendieux d'un notaire, si leur seule signature n'eût suffit pour la validité de l'acte. Quant aux négociants et marchands, l'exception qui les concerne s'explique suffisamment par la nature des actes dont il s'agit, et la large part qui y est toujours faite à la bonne foi.

On a dit encore que, même pour les personnes qu'elle avait l'intention de protéger, la loi ne les garantissait pas efficacement contre les surprises de la fraude et les abus des blancs-seings; qu'elle les exposait même à de plus graves périls, en apprenant aux faussaires et aux escrocs à remplir un blanc-seing, non pas d'une obligation causée pour une somme d'argent, mais de toute autre convention; par exemple, d'une procuration à l'effet d'emprunter, qui pourrait également satisfaire leur cupidité. Cette observation est vraie; mais que prouve-t-elle? Si, pour apprécier l'efficacité d'une disposition édictée en vue de protéger les intérêts des citoyens, on la met constamment aux prises avec le génie du dol et de la fraude, il n'est pas difficile de rencontrer des cas où elle est impuissante; mais ce n'est pas une raison pour le lui reprocher, à moins qu'on ne prouve en même temps ou qu'il vaut mieux

(1) Toullier, t. 8, nos 277 et suiv. — Duranton, t. 13, no 168. — Zachariæ, t. 5, p. 659, nte 46, 1re édit., et t. 8, p. 236, nte 52, 4e édit.

la supprimer tout à fait, ou qu'il est possible de lui assure une efficacité plus grande, sans entraver les relations les plu ordinaires et les plus simples de la vie civile.

On a encore reproché à l'article 1326 de favoriser la mau vaise foi, en donnant aux débiteurs le moyen de se dispense d'acquitter les dettes les plus légitimes. On peut d'abor répondre que c'est au créancier, averti de la nécessité de l forme prescrite, à veiller à ce qu'elles soient exactemen observées de la part du débiteur, et à n'accepter de lui qu'u titre parfaitement régulier. Mais si ce reproche pouvait, ave quelque fondement, s'adresser à la déclaration de 1733, sui vant laquelle le billet ou promesse, à défaut d'approuvé e toutes lettres, était réputé de nul effet et valeur, on ne saurai aujourd'hui le faire également à l'article 1326, puisqu'il n prononce pas la nullité de l'acte, et qu'il vaut toujours, ains que nous l'expliquerons plus loin, comme commencement d preuve écrite, que le juge peut compléter, même à l'aide d présomptions simples.

Quant aux procès qu'on lui reproche de multiplier dans so application, le nombre n'en est pas, du moins maintenant aussi grand qu'on semble le prétendre. La nécessité du *bo pour* ou de l'*approuvé*, aujourd'hui passée dans nos mœurs, a fourni de plus rares occasions à la chicane; et, si la pratique journalière offre l'exemple de quelques procès où la mauvaise foi des débiteurs a été favorisée par elle, il en est d'autres aussi où elle a servi à déjouer le dol et la fraude.

4. Cette théorie du *bon pour* ou de l'*approuvé* était inconnue dans le droit romain et dans notre ancienne jurisprudence. On y tenait pour principe constant qu'il suffisait que les promesses ou billets fussent signés de l'obligé, alors même qu'ils étaient écrits de la main d'un tiers étranger.

Le droit romain avait cependant certaines dispositions qui, sans ressembler à celles de notre article, avaient toutefois également pour objet de garantir les débiteurs contre les surprises frauduleuses; c'était l'exception d'argent non compté,

on *numeratæ pecuniæ*. Voici en quoi elle consistait : Une personne reconnaissait par écrit devoir une somme, avant de avoir reçue, mais dans l'espoir qu'elle allait la toucher. La romesse ou billet souscrit par elle ne formait point une preuve uffisante de l'obligation, au moyen de l'exception proposée ontre l'action du créancier, qui entendait, suivant les allégaons du défendeur, garder tout à la fois le billet et l'argent. ette exception d'argent non compté avait dès lors pour effet e rejeter sur le porteur du billet la preuve de la numération ffective des espèces (1).

De plus, comme le créancier de mauvaise foi pouvait attenre, afin de se soustraire aux conséquences de cette excepon, l'expiration du délai fixé pour la proposer, le débiteur tait autorisé à l'invoquer sous forme de plainte de rétenon injuste d'une obligation sans cause (2), et, par suite, à evendiquer le titre par la voie de l'action personnelle appelée ondiction, *per condictionem obligationem repetere* (3).

Cette même exception d'argent non compté s'appliquait égaement au cas où le créancier donnait quittance sans recevoir argent. Elle s'appelait alors *exceptio non solutæ pecuniæ*, xception d'argent non payé (4). Et, une fois proposée, elle bligeait le débiteur qui se prétendait libéré, à prouver la éalité du payement.

Dans l'ancien droit romain, cette exception pouvait être proposée pendant cinq ans. Mais, par le droit nouveau de ustinien, ce délai fut réduit à deux ans pour les reconnaisances pour cause de prêt, de vente ou autre cause semblaole (5), et à trente jours seulement à l'égard des quittances lonnées par un créancier à son débiteur (6).

(1) L. 7, 8 et 10, C. *De non num. pecun.*
(2) L. 14, C. *ibid.*
(3) L. 7, C. *ibid.*
(4) L. 14, C. *ibid.*
(5) Voy. Instit., *De litt. obl.* — L. 10 et 14, C. *De non num. pecun.*
(6) L. 14, § 2 et 3, C. *ibid.*

Enfin Justinien, par la Novelle 100, autorisa le mari à poser, pendant dix ans, l'exception de défaut de numéra contre la quittance qu'il aurait donnée de la dot de sa fem sans la recevoir.

Passé ces délais, l'acte faisait foi entière du fait de num tion qui y était énoncé.

Il paraît que ces principes du droit romain furent introd d'abord dans nos plus anciennes coutumes, et appliqués d notre ancienne jurisprudence française. Plus tard, des Pa ments, les uns les repoussèrent, les autres en modifièrent l plication, à ce point que Loisel (1) put dire avec raison, termes généraux et absolus, qu'exception d'argent non com n'a point de lieu; ce qui signifie que la dénégation du débit n'a pas pour effet de rejeter la preuve de la dette sur le dem deur, qui fonde ses prétentions sur une promesse ou bi reconnu, et que c'est à lui à établir le défaut de numérat effective d'espèce, soit qu'il agisse dans les délais fixés pa loi romaine pour proposer l'exception, ou qu'il se pourv dans les dix ans de l'ordonnance de 1510, par lettres de cision, ou par forme de plainte et d'exception sur une dema dirigée contre lui (2).

Quoi qu'il en soit, cette exception d'argent non compté fut nulle part reçue dans notre ancien droit contre les ac authentiques établissant que la numération avait eu lieu présence de l'officier public. Non-seulement le créancier ét dispensé de prouver la réalité de cette numération, mais débiteur n'était admis à en administrer la preuve contra que sur une inscription de faux.

Et, quant aux actes sous seing-privé constatant une num ration d'espèces, le débiteur, à moins qu'il n'eût déjà un co mencement de preuve par écrit, ne fut plus admis, par su des dispositions de l'ordonnance de Moulins, article 54, et

(1) Instit., liv. 5, tit. 2, nº 5.

(2) Voy. Bretonnier, Quest., v^is *Except. d'argent non compté.*

elle de 1667, titre 20, articles 2 et 3, à prouver par témoins le défaut de numération, contre une reconnaissance écrite, encore que la chose dont il s'agit fût d'une somme ou valeur moindre de cent livres. Les mêmes principes se retrouvent aujourd'hui dans le Code civil (1341).

On comprend, du reste, que cette exception, *non numeratæ pecuniæ,* ne se rapproche des formalités du *bon pour* ou de l'*approuvé* que par l'esprit de protection qui les a également inspirées en faveur des débiteurs et autres obligés. L'exception n'avait lieu, en effet, qu'au cas d'obligations ayant pour cause une somme d'argent, alors même que le billet était écrit en entier de la main du souscripteur. Elle se rattachait ainsi au fond même de la convention, tandis que les formes prescrites par l'article 1326 ne tiennent qu'à l'acte considéré comme instrument, et n'affectent que sa force probante.

5. Ces mêmes formalités ne s'appliquent ensuite qu'aux seules conventions unilatérales, c'est-à-dire celles par lesquelles une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement (1103). Si l'article 1326 parle d'un billet ou promesse sous seing-privé par lesquels une seule partie s'engage envers l'autre, c'est uniquement pour marquer le caractère unilatéral de l'obligation, sans que pour cela il cesse d'être applicable, lorsque plusieurs personnes, au lieu d'une seule, ont souscrit le billet ou la promesse. Toute autre interprétation ne serait qu'une subtilité en opposition flagrante avec l'esprit de la loi.

Soit que le billet et la promesse sous seing-privé aient été souscrits par un seul ou par plusieurs, ils sont donc toujours soumis à la formalité du *bon pour* ou de l'*approuvé;* et il n'y a pas à distinguer entre le cas où les souscripteurs se sont engagés conjointement ou solidairement (1). Chacun d'eux,

(1) Toullier, t. 8, nos 300 et 301. — Duranton, t. 13, n° 179. — Zachariæ, t. 5, p. 660, 1re édit., et t. 8, p. 237, 4e édit. — Cass., 8 août 1815. Sirey, 16, 1, 97.

sauf celui qui a écrit de sa main le corps du billet ou de promesse, doit, indépendamment de sa signature, écrire de main le *bon* ou *approuvé* exigé par notre article.

Cette formalité doit être remplie, alors même que le bill ou la promesse émane de deux époux. Si l'un d'eux en a éc lui-même le corps entier, l'autre est tenu d'apposer de sa ma un *bon* ou *approuvé* (1).

6. Il y a toutefois cette différence entre le cas d'une oblig tion conjointe et celui d'une obligation solidaire, que, dans premier, chaque souscripteur n'est tenu d'approuver que po sa part, tandis que, dans le second, il doit approuver pour totalité de la dette. Telles sont les conséquences de la co jonction simple qui n'empêche pas la division de droit de l'obl gation entre les divers obligés, et de la solidarité qui fait qu chaque débiteur est tenu de la totalité de la dette, comme s' était seul.

Si le billet rédigé au nom de plusieurs conjointement, san expression de solidarité, portait les signatures de tous o de quelques-uns des souscripteurs, avec le *bon* ou *approuv* pour la totalité de la somme, sans autre expression qui éta blît la solidarité, l'obligation ne laisserait pas d'être simple ment conjointe et non solidaire. Car le *bon* ou *approuvé* s réfère au contexte du billet ou de la promesse, sans préjudic de la division de droit entre les coobligés conjoints.

Lorsque le corps du billet n'exprime aucune division spécial du montant de la dette entre les divers souscripteurs, il convient de s'en tenir à celle qui résulte du rapprochement des énonciations combinées de chaque *bon pour* ou *approuvé*. Tel est le cas où, s'agissant d'une dette de trois mille francs, l'un approuve pour douze cents francs, l'autre pour huit cents francs et le dernier pour mille francs. Si le corps du billet indique,

(1) DURANTON, ZACHARIÆ, *ibid.* — TOULLIER, t. 8, nº 299, note. — Cass., 6 mai 1816. SIREY, 16, 1, 227. — 22 avril 1818. SIREY, 19, 1, 195.

a contraire, une division différente, la présomption est sans d ute en faveur de celle qui est établie par chaque *bon pour* o *approuvé*. Car c'est là que réside la perfection du titre. is cette présomption peut être combattue par toute preuve c traire, puisque le contexte du billet fournit lui-même, au oin, un commencement de preuve par écrit.

Enfin, si le total des sommes exprimées dans chaque *bon* *ur* ou *approuvé* était inférieur ou supérieur au montant de l dette, il y aurait lieu d'en rectifier les énonciations d'après l circonstances de la cause, en divisant d'une manière égale inégale la somme due entre tous les obligés, une fois que te somme aurait été déterminée légalement.

7. Il est indifférent que la somme ou la quantité promise t stipulée payable au créancier lui-même qui contracte ou un tiers indiqué par lui. Si l'article 1326 parle d'une con- ntion par laquelle une partie s'engage envers l'autre à lui yer..., ce n'est pas pour exclure le cas où le payement doit re fait entre les mains d'un tiers indiqué pour recevoir; c'est ulement pour caractériser le genre de conventions auquel il pplique, et déterminer de plus en plus leur nature particulière.

8. Mais il ne suffit pas que la convention ait un caractère ilatéral: il faut, en outre, que le sujet de l'obligation soit une espèce particulière. L'article 1326 ne s'applique, en fet, qu'à celles des conventions unilatérales qui ont pour jet une somme d'argent ou une chose appréciable. Mais quel t le sens que l'on doit attacher à ces expressions? Notre ticle l'indique lui-même, lorsqu'il exige que le *bon pour* ou *prouvé* porte en toutes lettres la quantité de la chose. Ce ot, quantité, exprime clairement que, par chose appréciable, législateur entend ici une chose de la nature de celles qui, n droit, sont appelées fongibles, et qui se déterminent et s'ap- récient dans leur quantité au compte, au poids, à la mesure (1).

(1) Toullier, t. 8, n° 303. — Zachariæ, t. 5, p. 659, 1re édit., t t. 8, p. 236, 4e édit.

L'article 1326 est donc inapplicable, lorsque l'obligatic unilatérale a pour objet une chose qui forme un corps certa. et déterminé, telle qu'un cheval, une maison.

Son application cesse également lorsque l'objet de l'enga gement, consistant en choses de leur nature fongibles, c choses ont été considérées néanmoins, dans la conventio comme constituant des choses déterminées dans leur indiv dualité propre.

Il cesse encore d'être rigoureusement applicable lorsque l choses qui font le sujet de l'obligation, quoique consistant e choses fongibles, ne sont cependant pas immédiatement appr ciables dans leur quantité. Tel est le cas où je m'oblige vous fournir tout le blé qui se trouve dans mon grenier, to le grain nécessaire à votre alimentation pendant une année, o à l'ensemencement de vos terres. Mais il en serait autremen et la formalité du *bon* ou de *l'approuvé* devrait être rempl si le billet portait vingt hectolitres du blé qui est dans mo grenier, dix hectolitres pour votre alimentation ou l'ensemer cement de vos terres. Il y a dans ce cas une quantité appr ciable.

Il est vrai que lorsque la somme ou la quantité promise r peut être appréciée ou déterminée au moment de l'acte, souscripteur a un égal intérêt a être protégé contre toute su prise. Et, de ce point de vue, on peut être amené à conclu que même, dans ce cas, il y a lieu d'observer la formalité d *bon* ou de l'*approuvé*, autant du moins qu'il est possible d l'observer, c'est-à-dire en énonçant qu'on s'oblige pour ur somme ou une quantité indéterminée (1). Mais il ne faut pa perdre de vue que les dispositions de l'article 1326 sont exce tionnelles, qu'elles ne peuvent, par raison d'analogie, êt étendues à des cas qui ne rentrent point dans ses termes pr cis. Ce serait ajouter véritablement à la loi que d'exiger, dar

(1) Voy. Metz, 28 mars 1833. Sirey, 35 2, 49.

n semblable hypothèse, la formalité du *bon pour* ou de l'*ap-r vé* avec l'indication particulière dont il s'agit. Du reste, il t peut-être pas exact de prétendre que l'intérêt du sous-r teur du billet ou de la promesse est ici le même; car la me ou la quantité promise étant indéterminée et ne devant récier que d'après certains éléments et circonstances indé-dantes du pouvoir et de la volonté des parties, le créan- n'a pas les mêmes moyens de fraude, ni les mêmes faci-s de surprise (1).

Iais au moins faut-il que la partie qui s'oblige, si elle n'écrit te en entier, exprime dans le *bon* ou *approuvé* la nature de gagement qu'elle contracte. En ce sens, cette formalité est core applicable, malgré l'indétermination actuelle de la ose due, le débiteur ayant alors un égal besoin de la pro-tion de la loi, pour être garanti contre les surprises et les reurs dont il pourrait être victime. Si donc nous n'exigeons s qu'il énonce qu'il s'engage, à tel titre et pour somme ou iantité indéterminée, nous voulons du moins qu'il mentionne ins un *bon* ou *approuvé* qu'il s'engage à tel ou tel titre; omme, *bon pour cautionnement, approuvé le cautionnement.* t il ne suffirait pas, par exemple, de ces mots : *approuvé écriture ci-dessus*, dans le cas où il s'agirait d'un cautionne-ient indéfini donné pour compte courant et toutes avances éjà faites ou à faire à l'avenir (2). Le souscripteur eût-il même jouté, *après lecture faite* (3). Mais c'est assez que le *bon* ou *pprouvé* détermine l'engagement contracté, de manière qu'on e puisse frauduleusement lui en substituer un autre d'une

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 663, 1re édit. — Agen, 9 nov. 1823. SIREY, 26, 2, 3.

(2) Cass., 1er mars 1853. SIREY, 55, 1, 212. — Paris, 24 mai 1855. SIREY, 55, 2, 574. — Orléans, 24 déc. 1864. SIREY, 65, 2, 213. — Poitiers, 17 juin 1867. SIREY, 68, 2, 8. — Lyon, 17 juin 1871. SIREY, 71, 2, 222. — *Contrà*, ZACHARIÆ, t. 8, p. 240, nte 69, 4e édit. — Douai, 25 nov. 1853. SIREY, 54, 2, 696.

(3) *Contrà*, Montpellier, 6 déc. 1865. SIREY, 66, 2, 319.

nature différente, et que le promettant ait su, en définitive, quoi il entendait s'obliger (1).

9. Quelles que soient les rectrictions que les termes même de l'article 1326 apportent à ses propres dispositions, il n'e reste pas moins un champ fort large ouvert à son applicatior Remarquons, en effet, que la déclaration du 22 septembre 173 ne parlait que de billets sous signature privée, au porteur, ordre, ou autrement, causés pour valeur en argent, tandis qu le Code civil s'occupe de tout billet et de toute promess sous seing-privé, par lesquels une ou plusieurs personnes s'en gagent envers une ou plusieurs autres à payer une somm d'argent ou une chose appréciable. Cette expression, pro messe, a ici un sens général beaucoup plus étendu que cell de billet, qui est naturellement restreinte. Elle signifie tou engagement unilatéral qui ne rentre pas dans l'acception pro pre du terme de billet, et sert par là à faire connaître l'exten sion que le législateur moderne a entendu donner à la forma lité du *bon* ou de l'*approuvé*.

Quelle que soit donc la forme de l'acte, quelle que soit la nature particulière de l'engagement, il suffit que la convention contienne l'obligation de payer une somme d'argent ou autre chose appréciable, pour que l'article 1326 doive recevoir son application. Ainsi, les actes de prêt, de dépôt (2), de cautionnement (3), s'ils ne constituent un contrat synallagmatique (4); les promesses quelconques de garantie; les arrêtés de compte par lesquels le débiteur s'oblige à en payer

(1) Cass., 6 février 1861. Sirey, 62, 1, 72.

(2) Toullier, t. 8, n° 304. — Zachariæ, t. 5, p. 662, 1re édit., et t. 8, p. 239, 4e édit. — Duranton, t. 13, n° 171.

(3) Merlin, Rép., v° *Billet*, § 1, n° 8. — Duranton, t. 13, n° 175. — Zachariæ, *ibid.* — Favard, Rép., vis *Acte sous seing-privé*, sect. 1, § 3, n° 8. — Cass., 21 août 1827. Sirey, 28, 1, 60. — Bordeaux, 17 juin 1852. Sirey, 52, 2, 672. — Cass., 1er mars 1853. — Sirey, 55, 1, 212. — *Contrà*, Lyon, 12 avril 1832. Sirey, 33, 2, 428.

(4) Voy. art. 1325, n° 13.

reliquat (1), s'ils n'énoncent un payement comptant et ne contiennent quittance (2); les reconnaissances de dettes; les actes portant simplement constitution de rente (3) sont soumis à la formalité du *bon* ou de l'*approuvé*.

10. Que, sous l'empire de la déclaration de 1733, l'on ait déclaré les actes de cette dernière espèce dispensés de cette formalité, on le comprend, puisqu'ils ne rentrent pas dans la classe des simples billets. Mais aujourd'hui ils sont évidemment compris dans le terme de promesse, toutes les fois, du moins, que le contrat de constitution de rente établit un simple engagement unilatéral de la part du débiteur et n'entraîne point d'engagements synallagmatiques. La constitution de rente perpétuelle ou viagère n'est, en effet, sous le Code civil, autre chose que l'intérêt stipulé par le créancier pour le capital qu'il prête avec interdiction de l'exiger (1909, 1910).

Mais si la constitution de rente avait été faite moyennant l'abandon d'un immeuble ou de toute autre chose, même d'une somme d'argent, et que les parties eussent donné à leur acte la forme particulière aux contrats synallagmatiques; dans ce cas la formalité du *bon pour* ou de l'*approuvé* ne serait pas nécessaire. Car l'engagement de servir la rente ne résultant point d'une convention simplement unilatérale, et les parties ayant donné à leur acte la forme que comportait, dans tous les cas, et que pouvait même exiger la nature synallagmatique de leur contrat, les dispositions de l'article 1326 sont inapplicables. Mais si l'observation des formalités exigées par l'article 1325 est alors nécessaire, elle est en même temps suffisante.

(1) MERLIN, Rép., v° *Billet*, § 1, n° 9. — DURANTON, t. 13, n° 172. — ZACHARIÆ, *ibid.* — TOULLIER, t. 8, n° 306. — *Contrà*, Angers, 9 août 1820. SIREY, 21, 2, 180. — Grenoble, 26 janv. 1826. SIREY, 26, 2, 308.

(2) Orléans, 22 août 1840. SIREY, 40, 2, 433.

(3) DURANTON, t. 13, n° 173. — ZACHARIÆ, *ibid.* — TROPLONG, *Contrats aléatoires*, n° 227. — Angers, 18 fév. 1837. SIREY, 39, 2, 426. — *Contrà*, TOULLIER, t. 8, n° 305.

11. Ce n'est pas, cependant, que l'on puisse impunément éluder la formalité du *bon pour* ou de l'*approuvé,* en donnant à l'acte la forme d'un contrat synallagmatique, alors que cette forme répugne à la nature propre de la convention. Ainsi, l'acte sous seing-privé contenant énonciation d'un arrêté de compte, d'avances faites ou de prêts antérieurs, avec promesse de la part du débiteur de payer une somme déterminée, est soumis aux prescriptions de l'article 1326, bien que les parties lui aient donné la forme d'un contrat synallagmatique, et l'aient rédigé conformément à l'article 1325. Ce serait une véritable fraude aux formalités prescrites par la loi. Il en serait de même au cas de cautionnement ordinaire.

Il faut donc, pour savoir à quelles formes l'acte reste soumis, apprécier le fond même du contrat, sans s'arrêter à la dénomination ni à la forme que les parties lui ont données, en contradiction avec sa nature propre, avec sa substance et le caractère des engagements qui en naissent (1).

12. Par les mêmes raisons l'acte ne serait point valable si, devant être rédigé dans la forme du double écrit, comme contenant une convention synallagmatique, les parties l'avaient dressé dans la forme d'un engagement unilatéral, suivant les dispositions de l'article 1326. Vainement elles auraient observé les formalités du *bon pour* ou de l'*approuvé.*

Cependant, lorsque l'engagement qui fait le sujet du billet ou de la promesse se rattache même à un contrat synallagmatique, et que ce contrat a reçu, de la part de l'une des parties, son entière exécution, de telle sorte qu'il ne reste plus d'obligation que d'un seul côté, il n'est pas nécessaire, ainsi que nous l'avons vu (2), de se conformer aux dispositions relatives au double écrit. Il suffit de rédiger l'acte qui constate l'engagement unilatéral, seul subsistant, suivant les dispositions de l'article 1326.

(1) Toullier, t. 8, n° 307. — Zachariæ, t. 5, p. 661, 1re édit., et t. 8, p. 238, 4e édit.
(2) Art. 1325, n° 20.

Ainsi, le vendeur ayant rempli de son côté ses engagements, l'cheteur lui souscrit un billet par lequel il reconnaît lui voir la somme de..., payable à telle époque, pour prix de lle chose vendue et livrée; ou bien, au contraire, le vendeur ant touché le prix comptant, souscrit une promesse par quelle il s'oblige à livrer à l'acheteur, qui s'est libéré du ix, telle quantité de denrées ou de marchandises. Ce billet cette promesse, ne contenant qu'un engagement unilatéral, oivent être assortis d'un *bon pour* ou d'un *approuvé* de la iain du souscripteur (1).

Mais si les parties avaient conservé à leur acte la forme 'une convention synallagmatique, bien qu'elle eût reçu, de la art de l'un des contractants, sa parfaite exécution, les dis- ositions de l'article 1325 seraient seules applicables, et non lus celles de l'article 1326. Les formalités du double écrit uffiraient pour la validité de l'acte, sans aucune expression le *bon pour* ni d'*approuvé*. Car la vérité est qu'il s'agit tou- ours d'une convention synallagmatique (2).

13. Si l'une des parties contractait, à l'occasion d'un contrat synallagmatique, un engagement unilatéral qui, ne dérivant point de la nature de ce contrat, fût néanmoins constaté dans le même acte, il y aurait nécessité pour elle d'approuver la somme ou la quantité de la chose promise, conformément à l'article 1326. Tel est le cas où dans un acte de vente sous seing-privé, il y a, de la part du vendeur ou de l'acquéreur, reconnaissance d'une somme prêtée; ou bien encore celui où, dans un acte de bail sous seing-privé, le premier reconnaît que le bailleur lui a avancé certaine somme (3).

Quant à cet engagement unilatéral, qui est tout à fait distinct et indépendant des obligations réciproques qui résultent

(1) Toullier, t. 8, nº 328.
(2) Toullier, t. 8, nº 330.
(3) Duranton, t. 13, nº 174. — Zachariæ, t. 5, p. 662, 1re édit., et t. 8, p. 240, 4e édit.

immédiatement et directement du contrat de bail ou de vente, la formalité du *bon* ou de l'*approuvé* est indispensable. Pour être mêlées et confondues dans le même acte, ces deux conventions n'en doivent pas moins être soumises, quant à la validité de l'acte destiné à les constater, aux formalités particulières à chacune d'elles.

14. L'article 1326 n'est applicable qu'aux seuls billets et promesses par lesquels une partie s'engage envers l'autre. Il ne concerne donc pas les simples quittances, puisqu'on ne peut dire d'elles qu'elles produisent aucun engagement unilatéral de la part du créancier qui reçoit payement (1).

Cependant, si la personne qui reçoit la somme ou la chose s'obligeait en même temps par la quittance, envers celui qui paye, à en faire un usage ou un emploi déterminé, et à lui en rendre compte, il faudrait observer la formalité du *bon pour* ou de l'*approuvé*. Car la quittance contient en réalité, dans ce cas, un engagement unilatéral de la part de celui qui a reçu la somme ou la chose. Ainsi, le mandataire reçoit de son mandant une somme de... pour un usage ou emploi convenu. Il s'oblige par le fait de sa réception, et la quittance contient en même temps de sa part promesse de rendre compte, de satisfaire à son engagement, de payer, dans le sens général et étendu de cette dernière expression. Il doit donc y apposer en toutes lettres le *bon pour* ou l'*approuvé*.

Mais il en est autrement lorsque la quittance a simplement pour effet d'éteindre une obligation préexistante. Il importe même peu alors que celui qui la donne reçoive en une qualité de mandataire, de gérant, d'administrateur, en laquelle il peut être poursuivi plus tard en reddition de compte, en restitution des sommes ou choses reçues, par les tiers étrangers dont il a géré les biens (2). C'est qu'il ne contracte aucune obligation

(1) DURANTON, t. 13, n° 169. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 663, 1re édit., et t. 8, p. 241, 4e édit.

(2) ZACHARIÆ, *ibid.*

immédiate et directe envers la personne qui paye, laquelle ne fait que se libérer en demeurant étrangère aux conséquences de sa réception.

15. Voyons maintenant quelles sont les formes du *bon pour* ou *approuvé*, que la loi exige, outre la signature de l'obligé, quand le corps du billet ou de la promesse n'est pas écrit en entier de sa main. Il doit porter en toutes lettres, de la main du souscripteur, la somme ou la quantité de la chose (1326). Voilà la seule condition de forme qui lui soit essentielle. C'est cette énonciation en toutes lettres et de sa main, du montant de l'obligation, qui constitue la garantie que la loi a voulu lui assurer.

Il s'ensuit qu'une simple indication en chiffres est insuffisante, bien qu'elle suffise si le corps du billet ou de la promesse est écrit en entier de la main du souscripteur.

Il en résulte encore qu'une simple approbation de l'écriture, sans mention en toutes lettres de la somme ou de la quantité promise, ne satisfait point aux prescriptions de la loi (1).

Mais le *bon pour* ou l'*approuvé*, quand il est régulièrement exprimé, suffit seul, sans que le souscripteur doive, en outre, énoncer les clauses accessoires et modes particuliers de l'obligation, tels qu'une stipulation de condition, de terme ou d'intérêts (2).

Au surplus, aucune expression sacramentelle n'est exigée. Ces expression *bon pour* et *approuvé*, peuvent être indifféremment remplacées par des termes équivalents. Dans le cas même où le souscripteur aurait, par une inadvertance manifeste, omis de préciser l'espèce, à la suite de l'expression de la somme ou quantité, par exemple, en écrivant, bon pour

(1) MERLIN, Rép., v° *Billet*, § 1, n° 2. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 664, 1re édit., et t. 8, p. 241, 4e édit. — DURANTON, t. 13, n° 182. — Cass., 26 mai 1823. SIREY, 24, 1, 122. — Caen, 28 nov. 1843. SIREY, 44, 2, 661.

(2) Orléans, 11 mai 1861. SIREY, 63, 2, 65.

dix mille, il suffirait, pour réparer cette omission, de se repo ter aux mentions portées au corps du billet et exprimant d francs (1).

16. Nous pensons même que le *bon pour* et *approuvé* peuve être impunément supprimés, et que le billet et la promes valent par eux-mêmes, lorsque le souscripteur a écrit de main la mention de la somme ou de la quantité promise, sa la faire précéder de ces mots, *bon pour*, *approuvé*, ou autr équipollents. Le vœu de la loi nous paraît alors rempli, par que l'énonciation en toutes lettres et de la main de l'obli contient par elle-même approbation virtuelle de sa part, écarte toute idée de fraude et de dol.

Nous pensons encore que si un blanc avait été laissé dans corps du billet ou de la promesse, et que le souscripteur l'e rempli de sa main, en y exprimant en toutes lettres la somn ou la quantité promise, cette mention équivaudrait à la fo malité du *bon pour* ou de l'*approuvé;* car elle en contient to les éléments essentiels. Bien que l'article 1326 semble exig que le billet soit écrit en entier de la main de celui qui s'oblig il ne faut point, en effet, pousser la rigueur jusqu'à considér comme non valable l'acte qui aurait été écrit, en sa plus grand partie, par un tiers étranger, pourvu que le débiteur ait écr de sa main la mention relative à la somme ou quantité du C'est cette énonciation qui constitue essentiellement le cor du billet; et si l'on ne peut dire rigoureusement que le déb teur l'ait écrit en entier de sa main, du moins il est vrai qu a mis son *approuvé* dans le corps même de l'acte (2).

17. Le *bon pour* ou *approuvé* se met généralement, suiva l'usage, immédiatement avant la signature du souscripteu Mais cette place est indifférente. Il peut suivre ou précéde indistinctement la signature, la loi ne faisant point du lie qu'il occupe une condition de sa régularité.

(1) Cass., 16 août 1881. Sirey, 82, 1, 213.
(2) Toullier, t. 8, n° 298.

18. A peine avons-nous besoin d'ajouter que le *bon pour* ou *approuvé* peut être écrit en une langue et en des caractères différents de ceux du corps du billet ou de la promesse. Il marque même mieux, dans ce cas, la personnalité propre du souscripteur.

19. Telle est la règle générale posée par l'article 1326, à laquelle il apporte lui-même plusieurs exceptions, toutes également fondées sur la seule considération de la profession, de l'état ou du métier de la personne de laquelle émane le billet ou la promesse.

En première ligne se présentent les marchands, c'est-à-dire, dans l'acception étendue où est prise ici cette expression, les négociants, les manufacturiers, les fabricants, les industriels et même les banquiers, quelle que soit l'importance de leur commerce ou de leur industrie.

L'exception concernant les marchands se réfère entièrement et exclusivement à la profession et à la qualité de la personne. Son application est ainsi indépendante de la nature de l'acte considéré en lui-même. Soit que l'opération constitue ou non en réalité un acte de commerce dans le sens de la loi (632, 633, C. comm.), la signature du souscripteur, commerçant ou industriel, suffit seule pour la validité du billet ou de la promesse, sans *bon pour* ni *approuvé*. La loi, les réputant souscrits dans l'intérêt de son industrie ou de son commerce, n'a pas voulu qu'il pût soulever, au préjudice de la bonne foi des tiers, des contestations sur la nature commerciale ou non commerciale de la convention (1).

20. Il y a, toutefois, certains actes dont le caractère seul, indépendamment de la profession et de la qualité de la personne, sert à fonder une nouvelle exception aux dispositions de l'article 1326. Nous en parlons ici, parce que leur nature

(1) Cass., 1868. Sirey, 69, 1, 28.

commerciale les rapproche de ceux qui sont souscrits par l(
marchands, manufacturiers et banquiers.

Telle est la lettre de change, qui par elle-même constitu
essentiellement un acte de commerce. Aussi, l'article 11(
C. comm., énumérant les conditions de forme de la lettre d
change, ne mentionne pas la formalité du *bon pour* ou de l'*ap*
prouvé (1).

Mais si la lettre de change était réputée simple promess(
parce qu'elle contient supposition soit de nom, soit de qualit(
soit de domicile, soit du lieu d'où elle est tirée ou dans lequ(
elle est payable (112, C. comm.), il y aurait alors nécessit
de remplir la formalité du *bon pour* ou de l'*approuvé* (2).

Il en est de même au cas où des femmes ou filles, non négo
ciantes ou marchandes publiques, souscrivent une lettre d(
change, qui ne vaut alors, à leur égard, que comme simpl(
promesse (113, C. comm.) (3).

Quant aux simples billets à ordre ou au porteur, comme il:
ne constituent point essentiellement par eux-mêmes des acte:
de commerce, s'ils ne sont souscrits par des négociants, il:
restent soumis à la formalité du *bon pour* ou de l'*approuvé*,
comme les simples promesses ordinaires, lorsqu'ils sont souscrits par des non commerçants. Telle était la disposition formelle de la déclaration du 22 septembre 1733, et il est évident que les dispositions du Code civil, plus étendues même sous certains rapports, ont la même portée (4).

(1) Merlin, Rép., v[is] *Ordre (billet à)*, § 1, art. 5. — Duranton, t. 13, n° 176. — Pardessus, *Droit commercial*, t. 1, n° 245. — Zachariæ, t. 5, p. 661, 1[re] édit., et t. 8, p. 239, 4[e] édit. — Toulouse, 30 déc. 1829. Sirey, 30, 2, 128. — Montpellier, 20 janv. 1835. Sirey, 35, 2, 336.

(2) Duranton, Zachariæ, *ibid.*

(3) Zachariæ, *ibid.* — Cass., 26 mai 1823. Sirey, 24, 1, 122.

(4) Merlin, Rép., v[is] *Ordre (billet à)*, § 1, art 5. — Duranton, t. 13, n[os] 176, 178. — Pardessus, *Droit commercial*, t. 1, n° 245. — Cass., 27 janv. 1812. Sirey, 12, 1, 244. — 26 mai 1823. Sirey, 24, 1, 122.

:n ce qui concerne l'aval, qui est une forme de cautionne-
n ut particulière aux effets de commerce, il est dispensé de
l: ormalité du *bon pour* ou *approuvé* (1), même lorsqu'il est
d ıné pour la garantie d'une lettre de change par un non
c nmerçant, soit que la lettre émane d'un commerçant ou
(n non commerçant. L'aval participe alors de la nature
e entiellement commerciale de l'engagement principal.

Mais il en serait autrement de l'aval fourni sur une lettre
(change par des femmes ou filles non marchandes publi-
(es, puisque la lettre ne vaut, à leur égard, que comme sim-
] promesse (2).

Quant à l'aval donné sur un billet à ordre, une distinction
t proposée : S'il est souscrit par des non commerçants, il
t évident que le donneur d'aval doit apposer de sa main un
n pour ou *approuvé*, comme en sont tenus les souscripteurs
x-mêmes. Mais si le billet émane d'un commerçant, on dit
'alors l'aval fourni, même par un non commerçant, n'est pas
umis aux formalités de l'article 1326. Le donneur d'aval,
oute-t-on, est, en effet, tenu solidairement et par les mêmes
ies que les souscripteurs (187, 141, C. comm.). Il ne saurait
nc se prévaloir de l'inaccomplissement d'une formalité dont
fonderait la nécessité sur la considération de sa qualité de
n commerçant, qualité que les tiers de bonne foi n'ont pas
à vérifier. On fait enfin remarquer que l'intérêt des tran-
:tions commerciales exige que l'on fasse fléchir, dans ce cas,
rigueur des dispositions de la loi civile. L'aval participe
ors de la nature commerciale du titre, soit qu'il existe sur le
llet ou dans un acte séparé (3).

Toutefois, même dans ce cas, les femmes ou filles non mar-

(1) MERLIN, Rép., v° *Billet*, § 1, n° 8. — DURANTON, t, 13, n° 176.
ZACHARIÆ, *ibid.*

(2) Paris, 20 mars 1830. SIREY, 31, 2, 174.

(3) MERLIN, Rép., v° *Billet*, § 1, n° 8. — DURANTON, t. 13, n° 176.
- ZACHARIÆ, *ibid.* — FAVARD, Rép., v° *Aval*, n° 4. — Cass.,
janv. 1814. SIREY, 14, 1, 62.

chandes publiques qui auraient fourni l'aval ne seraient p dispensées des formalités prescrites par l'article 1326, pu qu'elles ne le seraient même pas pour une lettre de change (

21. Nous avons dit que l'exception posée par l'article 132 à l'égard des commerçants, était exclusivement fondée s leur qualité personnelle, mais en ce sens seulement que l billets souscrits par eux ne sont point soumis à la formali du *bon* ou de l'*approuvé,* alors même qu'ils n'ont point po objet un acte de leur commerce.

Est-ce à dire que le non commerçant d'habitude qui sou crit un billet ou une promesse dont la cause est réelleme commerciale, soit tenu de remplir cette formalité? Nous ne pensons point. La loi, en considérant la qualité de la personn ne la sépare pas de l'acte lui-même; elle la caractérise, au co traire, par la nature propre de l'opération, telle quelle e déterminée par la réalité du fait ou par la présomption légal et elle ne saurait, au point de vue où elle s'est placée, qui e l'intérêt du commerce, mettre la qualité de la personne contradiction avec la nature de l'acte. Lors donc que le bill souscrit par un non négociant aura pour cause un fait mê isolé de commerce, il sera dispensé de la formalité du *b pour* ou *approuvé.* La vérité est, dans ce cas, que le souscri teur, s'il n'est pas commerçant d'habitude, l'est au moins égard à l'acte particulier qu'il a accompli (2).

22. Au point où sont parvenus les arts et l'industrie, n'est pas toujours facile de distinguer la ligne qui sépare simple artisan qui exerce un art mécanique, de l'artiste qui livre à un art où le génie concourt avec le travail de la mai La loi ne peut s'en rapporter sur ce point qu'à l'appréciati que les juges sont chargés de faire des circonstances partic lières de chaque cause.

(1) Merlin, Zachariæ, *ibid.* — Cass., 18 fév. 1822. Sirey, 22, 318.

(2) *Contrà,* Duranton, t. 13, n° 178.

23. Quant aux personnes que l'article 1326 désigne sous les noms de laboureurs, vignerons, l'on doit considérer comme tels tous les individus qui se livrent personnellement aux travaux de l'agriculture, et tirent de ce genre de travail leurs moyens, au moins principaux, d'existence, soit qu'ils travaillent à la culture proprement dite de la terre, ou qu'ils s'occupent spécialement de l'éducation des bestiaux; soit qu'ils cultivent leurs propriétés ou celles d'autrui, en qualité de colons ou de fermiers; soit qu'ils travaillent seuls, ou avec le concours de leur famille, de domestiques ou de gens de journée (1).

On ne saurait donc appliquer l'exception de notre article aux personnes que leur position de fortune, leur rang dans la société, le degré de leur instruction, plus encore que leurs occupations habituelles, distinguent de la classe ordinaire des cultivateurs, alors même que pour leur utilité ou leur simple agrément ils se livrent à une exploitation agricole. Ici encore, les tribunaux ont un pouvoir très étendu d'appréciation. Ils peuvent, en conséquence, ne pas considérer comme laboureurs, les propriétaires de biens fonds qui dirigeant eux-mêmes leur exploitation agricole, se déchargent cependant sur des domestiques des travaux matériels (2).

24. Quant à ces expressions, gens de journée et de service, elles comprennent tous ceux qui tirent leurs moyens d'existence des travaux qu'ils exécutent et accomplissent de leur personne, en qualité d'ouvriers, de manouvriers, de salariés, de domestiques, soit que leurs gages ou salaires soient fixés

(1) Zachariæ, t. 5, p. 664, 1re édit., et t. 8, p. 240, 4e édit. — Voy. Cass., 23 fév. 1824. Sirey, 24, 1, 194. — Bordeaux, 22 juill. 1829. Sirey, 29, 2, 341. — Grenoble, 22 août 1829. Sirey, 30, 2, 76. — Nîmes, 4 janv. 1830. Sirey, 30, 2, 184. — Cass., 1er fév. 1836. Sirey, 36, 1, 511. — 17 fév. 1836. Sirey, 36, 1, 660.

(2) Nîmes, 4 mai 1852. Sirey, 53, 2, 106. — Voy. encore, Cass., 12 fév. 1861. Sirey, 62, 1, 83. — Bourges, 21 avril 1866. Sirey, 66, 2, 363.



au jour, au mois, à l'année, ou de toute autre manière; ou qu'ils soient attachés au service de la personne, du ménage des propriétés, d'une usine, magasin, manufacture ou établissement industriel.

25. Lorsqu'il s'agit de savoir si un billet ou une promesse est dispensée, à raison de la qualité du souscripteur, de la formalité du *bon pour* ou de l'*approuvé,* il faut se reporter à l'époque où l'acte a été souscrit. Car la seule qualité personnelle qu'il convienne de considérer est celle qui existait au moment de la souscription de l'acte, puisque ses conditions de forme y étaient subordonnées (1).

Ainsi ne doivent point être prises en considération les qualités antérieures ou postérieures au moment où le billet et la promesse ont été faits. Par exemple, une personne qui a cessé le commerce ne peut se prévaloir de la cessation de sa qualité de commerçant pour attaquer le billet qu'elle a souscrit, sans *bon pour* ni *approuvé,* alors qu'elle exerçait le commerce. Par contre, les billets souscrits par elle à une époque postérieure doivent être revêtus de la formalité.

Il ne saurait y avoir de difficulté sur ce point, que lorsque les actes ont été faits à une époque voisine de la cessation de sa qualité de commerçant, et dans un temps où son changement d'état n'avait pas encore reçu une notoriété suffisante. Dans ce cas, la bonne foi des tiers peut, suivant les circonstances, faire reconnaître les billets valables, malgré l'absence du *bon pour* ou de l'*approuvé* (2).

26. La qualité du souscripteur d'un billet ou promesse doit exclusivement s'apprécier eu égard à sa personne. Ainsi, il n'existe aucune présomption ni de fait ni de droit qui auto-

(1) Zachariæ, *ibid.* — Toullier, t. 8, n° 299. — Duranton, t. 13, n° 184.

(2) Zachariæ, *ibid.* — Toullier, t. 8, n° 299. — Angers, 30 mai 1873. Sirey, 73, 2, 276.

se les juges à attribuer, sans une vérification particulière, à
ı femme la même qualité ou profession qu'au mari. L'excep-
on ne s'étend pas de plein droit de l'un à l'autre.

Ce point est surtout d'une vérité sensible, lorsqu'il s'agit
'un commerçant à la profession duquel la femme ne parti-
ipe point, alors même que, sans faire un commerce séparé,
lle ne fait que détailler les marchandises de son mari (7, C.
omm.), ou qu'elle l'aide, par sa collaboration, dans la tenue
e son magasin ou de ses livres, la rédaction de sa correspon-
.ance, la gestion de sa comptabilité. La qualité du mari est
lors incommunicable, et la femme n'étant point réputée mar-
hande publique ne se trouve pas, quant aux billets souscrits
ıar elle personnellement, dans l'exception posée par l'arti-
:le 1326 (1).

Nous en disons autant des femmes de gens de journée et de
ervice; car la qualité du mari tient à un état et à une condi-
.ion tout personnels. Seulement, il y aura à vérifier si elles ne
'entrent pas elles-mêmes, sous d'autres rapports, dans l'une
les classes exceptées, telle que celle des artisans.

Quant aux femmes de laboureurs et de vignerons, bien que leur condition se soit beaucoup modifiée depuis la promulgation du Code civil, sous le rapport de leur coopération personnelle aux travaux des champs, le plus souvent, presque toujours elles auront, en fait, la même qualité que leurs maris. Mais il faudra néanmoins en faire la vérification, sans que, toutefois, l'on doive se montrer aussi exigeant pour caractériser leur qualité personnelle, que s'il s'agissait de leurs maris. Il suffira donc, pour qu'elles rentrent elles-mêmes dans l'exception, qu'elles prennent dans les travaux de l'agriculture une part en rapport avec leur sexe, leurs forces, les mœurs, les usages, la nature de l'exploitation (2).

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 665, nte 72, 1re édit., et t. 8, p. 243, 4e édit. — TOULLIER, t. 8, n° 300. — Cass., 6 mai 1816. SIREY, 16, 1, 227. — 1er mai 1820. SIREY, 20, 1, 416. — 31 août 1859. SIREY, 60, 1, 47.

(2) Cass., 9 déc., 1839. SIREY, 40, 1, 30.

Mais il n'en est pas moins vrai que l'exception ne doit point, même dans ce cas, être étendue de plein droit à la femme, et que les juges doivent vérifier, indépendamment de la qualité et de la condition du mari, si elle appartient elle-même personnellement à l'une des classes pour lesquelles la loi a établi une présomption d'instruction insuffisante. Autrement, s'il s'en faisait de plein droit communication de l'un à l'autre, on s'exposerait dans la pratique à de fâcheuses méprises et à de graves erreurs (1).

27. Il arrive souvent que parmi les souscripteurs d'un billet ou d'une promesse, les uns sont dans le cas de l'exception, tandis que les autres restent soumis à la règle générale. Le billet et la promesse sont alors valables à l'égard des premiers, et ne le sont point à l'égard des seconds, s'ils n'ont régulièrement apposé un *bon pour* ou *approuvé*.

Si l'obligation est simplement conjointe, ceux qui l'on valablement et régulièrement souscrite, demeurent donc obligés, mais seulement pour leur part et portion virile dans la dette (2). Cette division de l'obligation ne souffre du moins aucune difficulté, lorsque le *bon pour* ou *approuvé* a été mis avec mention d'une part divisée. Mais s'il a été donné pour une somme inférieure ou supérieure à la part virile de chaque souscripteur, ou même pour le montant total de la dette, il y aura à vérifier, d'après les circonstances, s'il n'y a pas eu erreur de la part des souscripteurs, ou si, au contraire, cette inégalité dans la répartition de la dette, telle qu'elle résulte de chaque *bon pour* ou *approuvé,* n'exprime pas la part réelle et véri-

(1) ZACHARIÆ, t. 8, p. 243, 4e édit. — Caen, 3 janv. 1827. SIREY, 28, 2, 84. — Cass., 22 juill. 1828. SIREY, 29, 1, 88. — Caen, 28 nov. 1843. SIREY, 44, 2, 661. — Cass., 26 fév. 1845. SIREY, 45, 1, 731. — Voy. ccp. ZACHARIÆ, t. 5, p. 665, 1re édit. — Grenoble, 22 août 1829. SIREY, 30, 2, 76. — Lyon, 12 déc. 1829. SIREY, 31, 2, 225.

(2) DURANTON, t. 13, n° 181.

ta e que chacun y a prise, et pour laquelle il a entendu s'obliger (1).

Si l'engagement est solidaire, ceux qui y ont apposé régu-lièrement leurs signatures sont obligés solidairement et tenus d total de la dette, comme si tous les souscripteurs étaient e-mêmes valablement engagés (2), sauf à eux à exercer, a si que de droit, leur recours contre les autres qui ont irré-gulièrement souscrit l'acte, en prouvant qu'ils ont réellement is part à l'obligation ; et cette preuve tant de l'engagement e de sa solidarité pourra être faite à l'aide de présomptions aves, précises et concordantes, l'acte constituant, malgré n irrégularité, un commencement de preuve par écrit (3).

28. Le défaut de *bon pour* ou d'*approuvé* a seulement pour fet d'infirmer la force probante de l'acte, et d'empêcher qu'il fasse pleine foi par lui-même. Les juges ne peuvent donc prendre pour unique fondement d'une condamnation, ni le éancier s'en prévaloir pour former une saisie-arrêt sans ermission de justice.

Mais comme il constitue un titre simplement irrégulier et isuffisant pour faire preuve complète de l'obligation; que article 1326, à la différence de la déclaration du 22 septembre 733, ne le déclare pas de nul effet et valeur et ne défend oint d'en ordonner le payement en justice; que l'irrégularité lu titre, sous le rapport de sa force probante, reste sans nfluence sur l'existence et la validité de l'engagement en soi, ien ne s'oppose à ce que le créancier défère le serment déci-soire au souscripteur du billet (4), le fasse interroger sur faits et articles (5), demande sa comparution à l'audience, et excipe enfin du titre dont il est porteur comme constituant, d'après

(1) Toullier, t. 8, n° 300.
(2) Duranton, t. 13, n°s 180 et 181.
(3) Cass., 7 juin 1882. Sirey, 84, 1, 157.
(4) Duranton, t. 13, n° 187. — Toullier, t. 8, n° 292.
(5) Duranton, t. 13, n° 188.

l'appréciation que les juges sont autorisés à en faire, un co
mencement de preuve par écrit qui leur permet de défér
le serment supplétoire et d'accueillir soit la preuve testim
niale, soit même les simples présomptions. Ce dernier poin
d'abord controversé, est aujourd'hui à l'abri de toute discu
sion (1).

Il faut observer que lorsque les juges admettent l'acte comm
constituant un commencement de preuve écrite, ce qu'ils do
vent rechercher dans le complément qu'ils sont autorisés
demander, soit aux témoignages, soit aux simples présom
tions, ce n'est point la preuve de la sincérité de la signatur
car elle est supposée reconnue ou vérifiée, mais bien la preuv
de l'exactitude et de la vérité de la mention contenue dans l
corps du billet, en ce qui concerne la somme ou la quantit
promise (2), et l'engagement contracté par le signataire e
connaissance de cause (3).

29. Le vice résultant de l'omission ou de l'irrégularité d
bon pour ou de l'*approuvé*, peut être couvert par des fait
d'exécution volontaire. Mais ces faits d'exécution doivent êtr
de telle nature qu'ils puissent servir à déterminer la somm
ou la quantité promise. Tels sont une exécution totale et complète, un payement d'intérêts correspondant à la totalité de la

(1) Toullier, t. 8, nos 280, 281, 288, 289, 293, 296, et t. 9, nos 81 et 82. — Duranton, t. 13, nos 189 et suiv. — Zachariæ, t. 5, p. 666, 1re édit., et t. 8, p. 243, 4e édit. — Merlin, Rép., vo *Billet*, § 1. — Cass., 2 juin 1823. Sirey, 23, 1, 294. — 1er juill. 1828. Sirey, 29, 1, 199. — 4 fév. 1829. Sirey, 29, 1, 196. — 4 mai 1831. Sirey, 31, 1, 197. — 21 mars 1832. Sirey, 32, 1, 251. — 18 nov. 1834. Sirey, 35. 1, 393. — 6 fév. 1839. Sirey, 39, 1, 289. — 26 fév. 1845. Sirey, 45, 1, 731. — 13 déc. 1853. Sirey, 54, 1, 17. — Poitiers, 17 juin 1867. Sirey, 68, 2, 8. — Cass., 10 janvier 1870. Sirey, 70, 1, 157. — Lyon, 17 juin 1871. Sirey, 71, 2, 222. — Cass., 15 juillet 1874. Sirey, 75, 1, 290. — 7 juin 1882. *France jud.* 1882, p. 100. — *Contrà,* Orléans, 24 déc. 1864. Sirey, 65, 2, 213.

(2) Duranton, t. 13, no 190.

(3) Paris, 24 mai 1855. Sirey, 55, 2, 574.

mme due, une quittance d'à-compte acceptée par le débiteur représentée en justice, indiquant en même temps le montant de la dette. Mais une exécution partielle est insuffinte, lorsqu'elle n'a pas pour résultat de déterminer le chiffre l'obligation. Le débiteur peut, en effet, sans dénier les faits exécution partielle accomplis de sa part, toujours contester, défaut de *bon pour* ou d'*approuvé* émané de lui, la quotité de somme ou la quantité énoncée au billet, et soutenir qu'elle t moindre. L'argument de parité, tiré des dispositions de article 1325, est donc ici sans aucune espèce de valeur (1).

Article 1327.

Lorsque la somme exprimée au corps de l'acte est différente de celle exprimée au *bon*, l'obligation est présumée 'être que de la somme moindre, lors même que l'acte, ainsi ue le *bon*, sont écrits en entier de la main de celui qui est obligé, à moins qu'il ne soit prouvé de quel côté est erreur.

Sommaire.

. Dispositions de l'article 1327.
. Il admet tous moyens de preuve comme recevables.
. Il s'applique également au cas où les choses exprimées sont de nature différente.

COMMENTAIRE.

1. Il peut arriver que la somme exprimée au corps de l'acte oit différente de celle exprimée au *bon*; l'obligation est préumée, dans ce cas n'être que de la somme moindre (1327). a contradiction qui existe entre les énonciations du billet et elles du *bon pour* établit, en effet, le doute sur le montant de a somme ou la quantité de la chose promise. Or, le doute

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 668, 1re édit., et t. 8, p. 245, 4e édit. — *Contrà*, TOULLIER, t. 8, n° 302.

s'interprète en faveur du débiteur (1162); *semper in obscuris quod minimum est sequimur* (1).

L'article 1327 porte la même disposition pour le cas même où l'acte, ainsi que le *bon,* est écrit en entier de la main de celui qui s'est obligé. On aurait pu alors douter que le *bon pour* ou l'*approuvé* pût être pris en considération, puisqu'il était complètement inutile, le corps du billet étant écrit en entier de la main du souscripteur. Ici encore la loi a entendu lever toute incertitude par une disposition formelle.

Mais remarquons qu'elle n'établit jamais qu'une présomption en faveur de la somme moindre, et que cette présomption peut être détruite par la preuve contraire. L'obligation est donc présumée n'être que de la somme moindre, à moins qu'il ne soit prouvé de quel côté est l'erreur (1327).

2. A cet égard, tous moyens de preuve sont également recevables. Car les énonciations du corps du billet, aussi bien que celles du *bon pour* ou de l'*approuvé,* peuvent être admises comme constituant un commencement de preuve par écrit de la vérité de la somme ou quantité qu'elles expriment. Les juges peuvent donc, dans tous les cas, se déterminer pour la somme ou la quantité la plus forte, non-seulement par les indices et présomptions qui résultent de la teneur même du billet ou de la promesse, mais encore par tous les autres éléments de preuve qui naissent des circonstances extrinsèques (2).

Si, par exemple, le corps du billet énonce la cause de la dette, on pourra, par la comparaison de la valeur connue des choses indiquées, parvenir à rectifier le chiffre différemment exprimé dans le corps du billet et dans le *bon pour* (3).

De même, si un bordereau des espèces déposées était joint à l'acte de dépôt, la somme due consisterait dans le montant

(1) L. 9, *ff. De reg. jur.*
(2) Toullier, t. 8, nº 297.
(3) Pothier, *Oblig.*, nºs 711 et 712.

les espèces, et non dans le chiffre exprimé à l'acte. Une erreur de calcul y est, dans ce cas, présumée (1).

L'article 1327 est fait spécialement pour le cas où la nature de la chose due étant la même, d'après les expressions du corps de l'acte et celles du *bon pour*, il n'y a de différence que dans les sommes ou quantités différemment énoncées. Il ne s'applique donc pas, du moins dans toute la rigueur de son texte, lorsque le corps du billet et le *bon pour* expriment des choses de nature différente, soit que la quantité indiquée soit ou non la même.

Dans ce cas, le souscripteur du billet ou promesse doit, à son choix, l'une ou l'autre des choses indiquées, quand bien même le corps de l'acte et le *bon pour* seraient en entier écrits de sa main. Le doute résultant de la diversité de leurs énonciations doit en effet s'interpréter en sa faveur, sauf au créancier à établir de quel côté est l'erreur. Jusque-là, la question se résout, sinon par le texte, du moins par l'esprit de l'article 1327.

Mais la diversité des choses exprimées peut exercer une influence décisive sur la formation même du contrat, en empêchant les parties de tomber d'accord. Le créancier et le débiteur pourront alors également prétendre qu'il n'y a pas eu de convention formée, sauf à celui qui en demande l'exécution à établir que la différence des énonciations de l'acte provient d'une erreur, d'une méprise, d'une inadvertance.

ARTICLE 1328.

Les actes sous seing-privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 713.

des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellé ou d'inventaire.

Sommaire.

31 Sont tiers les héritiers à réserve, agissant en cette qualité.
32 L'héritier bénéficiaire.
33 Si la femme a hypothèque pour ses reprises résultant d'actes sans date certaine,
34 Sauf à elle à établir, si elle est contestée, la sincérité de leurs dates?
35 Sont ayants-cause les créanciers agissant en vertu de l'article 1166.
36 Les créanciers d'un failli,
37 D'un débiteur qui a fait cession de biens,
38 Le mandant et autres dont les biens sont gérés par un tiers.
39 L'article 1328 est inapplicable en cas de mauvaise foi caractérisée de la part du tiers.
40 Il suffit qu'il ait été de bonne foi au moment où il a contracté.
41 La simple connaissance ne constitue pas toujours la mauvaise foi.
42 De quel jour la date devient certaine? Enregistrement. —
43 Mort de l'un des signataires.
44 Est insuffisante l'amputation du membre ou la paralysie,
45 Ou la mort de celui qui a écrit l'acte, sans le signer.
46 Relation de la substance de l'acte privé dans un acte public.
47 Qu'entend-on ici par acte public?
48 Des procès-verbaux de scellés et d'inventaire. —
49 De la relation dans un acte privé ayant date certaine.
50 L'article 1328 est limitatif. Rejet de diverses circonstances,
51 De la preuve testimoniale, s'il n'y a un écrit ayant date certaine.
52 Il ne s'applique pas aux matières de commerce.
53 Des actes ayant acquis date certaine le même jour. Lequel doit être préféré?
54 Suite.
55 Suite.
56 *Quid,* s'il s'agit d'une somme d'argent saisie et cédée le même jour?
57 De l'identité de date dans certains actes de procédure.

COMMENTAIRE.

1. Nous avons vu, sous l'article 1322, quels étaient le caractère et la portée de la force probante des actes sous seing privé; nous nous sommes spécialement occupé, sous cet article, de la foi qui leur est due entre les souscripteurs, leurs héritiers et ayants-cause, soit en ce qui concerne la date qu'ils énoncent, soit en ce qui touche le fait juridique qu'ils consta-

tent. Nous avons à traiter ici de la foi qui leur est due, à l'ég
des tiers, quant à la date qu'ils contiennent.

Notre article porte que les actes sous seing-privé n'on
date contre les tiers que du jour... où ils ont acquis date
taine par l'un des moyens qu'il indique. Voilà, sous le rap
de leur force probante, une distinction bien marquée e
les tiers et les souscripteurs d'actes privés, leurs héritie
ayants-cause. Car, à l'égard de ceux-ci, les actes de cette es
font foi de leur date, au moins jusqu'à preuve contraire.

2. Mais quelles sont les personnes que la loi désigne ic
cette expression de tiers? Ce sont naturellement celles q
sont point signataires des actes, ni leurs héritiers ou ay
cause. Car elle les place en opposition les uns aux autre

D'autre part, nous avons, sous l'article 1322, indiqué c
l'on doit entendre par le terme d'ayant-cause. L'ayant-c
avons-nous dit, est tout successeur particulier qui, en
d'un titre onéreux ou gratuit, soit qu'il tienne ses droits
testament, d'un contrat ou de la loi, représente, dans l'exe
de ses droits et actions, la personne de son auteur.

S'emparant de cette définition, et lui appliquant une
lication absolue; se fondant d'ailleurs sur ces principe
mentaires de droit, que l'on contracte pour soi, ses hér
ou ayants-cause, et que l'on ne peut transmettre à autru
de droit qu'on n'en a soi-même, M. Toullier (1) a souten
l'acte sous signature privée fait foi de sa date, tout c
l'acte authentique, entre toutes personnes qui tiennent
droits, fussent-ils contradictoires, d'un auteur commun.

Mais cette opinion a été vivement combattue par les a
auteurs qui ont écrit sur le Code civil (2). Quels qu'aie

(1) T. 8, nos 245 et suiv., et t. 10, *Additions*.

(2) MERLIN, Quest., v° *Tiers*. — DURANTON, t. 13, nos 132 et
— TROPLONG, *Hyp.*, nos 529 et suiv. — FAVARD, Rép., vis *Acte*
seing-privé. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 674, 1re édit., et t. 8, p
4e édit. — BONNIER, n° 569. — MARCADÉ, art. 1328, n° 3.

les efforts de discussion, M. Toullier est resté seul de son avis; et l'on peut dire que cette question relative à la foi due à l'acte sous seing-privé, quant à sa date, à l'égard des tiers, est une question aujourd'hui épuisée en doctrine et fixée en jurisprudence. Il nous suffira donc de résumer les principes et d'examiner quelques point de détail.

3. Afin d'être mieux compris, nous commencerons par poser l'hypothèse qui a servi principalement de terrain à la controverse. J'achète, le 1er janvier 1845, un héritage de Paul, par acte qui a date certaine. Plus tard, survient François, qui prétend avoir acquis le même héritage de Paul, par acte sous seing-privé, à la date du 15 décembre précédent, mais n'ayant pas de date certaine. Cet acte, dont François est porteur, fera-t-il foi de sa date contre moi, de telle sorte que je doive lui abandonner la propriété que j'ai acquise en vertu d'un titre qui, à la différence du sien, a date certaine? Oui, suivant M. Toullier; non, suivant les autres auteurs, dont nous n'hésitons pas à partager l'opinion. Le premier se fonde sur un argument bien simple; il fait de François et de moi les deux ayants-cause de Paul, de telle sorte qu'il n'a plus qu'à s'emparer du texte de l'article 1322 pour dire que l'acte sous seing-privé, portant la date du 15 décembre, a contre moi la même foi qu'un acte authentique.

Il est vrai et incontestable, sans aucun doute, que l'on doit entendre par ayant-cause tout successeur particulier, sur un objet singulier, déterminé et ne constituant point une universalité juridique. Tels sont ceux qui succèdent à un autre à titre de donation, de vente, d'échange, de bail, etc... Ils sont ayants-cause, parce qu'ils sont, tant activement que passivement, au lieu et place de leur auteur, en ce qui concerne l'objet singulier qu'ils tiennent de lui, et en tant qu'ils sont ses ayants-cause, *in quantum causam habent,* ainsi que l'exprime Dumoulin (1). C'est, en effet, un principe posé par la loi

(1) Sur Paris, art. 5, n° 10.

romaine, que celui qui succède au droit ou à la propriété d'u autre doit en exercer les droits, *qui in jus dominiumve alteriu succedit jure ejus uti debet* (1), et que l'obstacle qui existe pou ceux qui ont contracté, existe également pour leurs succes seurs, *quod ipsis qui contraxerunt obstat successoribus eorui obstabit* (2).

En ce sens, nous sommes bien, François et moi, les ayants cause de Paul. Mais voici où commence la confusion : Qu nous soyons l'un et l'autre les ayants-cause de Paul, dans no rapports personnels avec notre auteur, c'est ce qui est éviden et incontestable. Mais le sommes-nous également dans no rapports, l'un vis-à-vis de l'autre? Nullement.

Il est, en effet, manifeste que la contradiction qui exist entre nos titres respectifs fait que nous ne pouvons être simul tanément, et pour les droits transmis à chacun de nous, le ayants-cause de la même personne, de notre auteur com mun. L'un ne peut l'être qu'à l'exclusion de l'autre. Il y a un sorte d'impénétrabilité de droits qui ne permet pas que nou les occupions en même temps tous deux. C'est donc la questio d'ayants-cause qu'il faut décider avant tout, et elle ne peut s décider que par l'antériorité du titre. Car il est clair que l'antériorité du titre établissant la qualité d'ayant-cause, en suite de la transmission opérée, exclut la possibilité de toute transmission utile effectuée ultérieurement, et empêche, conséquemment, celui qui invoque cette transmission ultérieure de se dire activement l'ayant-cause de son auteur à l'encontre de l'autre.

Déterminer la foi due à l'acte sous seing-privé et sans date certaine par la qualité d'ayant-cause, c'est donc commencer par présupposer comme constante cette qualité d'ayant-cause qu'il s'agit, au contraire, d'établir ; c'est, en un mot, se renfermer dans un cercle vicieux, et résoudre la question par la

(1) L. 177, *ff. De reg. jur.*
(2) L. 143, *ff. De reg. jur.*

q·stion exactement dans ces termes : L'acte sous seing-privé
(François fait foi de sa date contre moi, parce que nous
s·nmes, François et moi, les ayants-cause de Paul; ce qui
r·vient à dire, par équation logique, parce que cet acte fait
f. de sa date. La pétition de principe est flagrante.

4. Comment doit donc se résoudre la question relative à la
·alité d'ayant-cause? Dans ce conflit de titres contradictoires
· de prétentions rivales, l'un de nous, vu l'impénétrabilité des
·oits transmis, ne peut être l'ayant-cause de Paul qu'à l'exclu-
·on de l'autre. Il y a donc lutte entre nous, et, sous ce rap-
·rt, nous sommes, l'un à l'égard de l'autre, des tiers, *penitùs*
·tranei, dans toute la force du mot; car nous sommes parties
·verses, précisément en ce qui touche la transmission des
·oits sur laquelle seule peut reposer la qualité d'ayant-cause.
· vis-à-vis de Paul lui-même, que nous prétendons l'un et
·utre être notre auteur, je suis également un tiers, en ce que
·i intérêt à repousser les actes censés émanés de sa part, qui
·urraient, par leur exécution, anéantir, restreindre ou modi-
·er les droits que je tiens de lui. Je suis enfin tiers à l'égard
· tous, pour tout ce qui peut préjudicier au contrat dont je
·e prévaux.

Si nous sommes tiers, alors vient l'application de l'article
·328 : les actes sous seing-privé n'ont de date contre les tiers
·ue du jour où ils ont acquis date certaine. Or, j'ai un acte qui
· pour date certaine celle du 1er janvier 1845, tandis que Fran-
·is n'a qu'un acte sans date certaine. L'acte dont il est porteur
·e peut donc avoir contre moi la même foi que l'acte authen-
·que. La certitude de date du mien l'emporte sur l'incertitude
·e celle qu'il invoque. Son titre est présumé antidaté. Je finis
·onc par l'exclure et par me poser comme seul et exclusif
·yant-cause de mon auteur, qui, après une première trans-
·nission opérée à mon profit, n'a pu transmettre à d'autres des
·roits qu'il n'avait plus. Je serai enfin, si l'on veut, active-
·nent l'ayant-cause de Paul pour réclamer mes droits et

repousser les prétentions de François, *ad petendum et defend*
dum, comme il le sera lui-même passivement pour respec
mes droits dont l'antériorité est établie par date certaine.

5. Mais voici un cas où l'acte sous seing-privé sans da
certaine fait foi néanmoins contre celui auquel on l'oppo
J'achète de Paul un héritage le 1er juillet 1845, par ac
authentique ou privé, mais ayant, dans ce dernier cas, da
certaine. Jean se présente, qui prétend exercer un droit de se
vitude; et il produit un acte sous seing-privé portant une da
antérieure non certaine, par lequel cette servitude est cons
tuée. Mais ce titre est précisément l'acte de vente par lequ
Jean a vendu autrefois à Paul l'héritage que celui-ci m
revendu. Il est évident que je ne puis, dans ce cas, oppos
que le titre constitutif de la servitude n'a pas de date ce
taine, par la double raison que je suis moi-même l'ayant-cau
de Jean, à la suite de Paul, et que je ne puis critiquer le tit
primitif, qui est le fondement même de mes droits actuels.
telle est l'autorité de tous les titres qui, bien que sans date ce
taine, sont communs à plusieurs, et que chacun d'eux est oblig
de reconnaître dans leur date et dans leur contenu, puisqu'i
sont tous également forcés de l'invoquer comme source uniq
et commune des droits qui leur ont été transmis (1).

6. Mais soutenir que l'acte sous seing-privé sans date ce
taine fait foi de sa date apparente vis-à-vis de l'acquéreur po
teur d'un titre qui a date certaine, par la raison qu'il fait fo
de sa date entre lui et son vendeur, dont il se prétend l'ayan
cause, ainsi que l'autre acquéreur; cette doctrine a de quo
effrayer par ses dangereuses conséquences.

Elle détruit, en effet, toute sécurité dans les contrats, e
favorisant la fraude, si facile, des antidates. Et n'est-ce pa
pour écarter ce péril que le législateur a voulu que les acte

(1) TROPLONG, *Hyp.*, n° 530. — MERLIN, Quest., v° *Tiers*. —
GRENIER, *Hyp.*, t. 2, n° 354. — Cass., 23 mai 1881. SIREY, 81, 1, 312

sous seing-privé ne fissent foi de leur date contre les tiers que du jour où leur date serait devenue certaine par l'un des moyens qu'il indique? « Déclarer en principe, disait M. Jaubert, dans son rapport au tribunat, que les actes sous seing-privé n'ont point de date contre les tiers, n'est-ce pas compromettre, en certains cas, les intérêts des hommes de bonne foi qui n'ont pas exigé un acte public, ou parce qu'ils n'y ont pas songé, ou parce qu'ils n'ont pas voulu en faire les frais? Cependant, ce dernier inconvénient est moindre que celui qui résulterait du système contraire. La crainte des excès dans lesquels l'intérêt personnel entraîne certains hommes a dû déterminer le législateur. Au reste, les contractants seront avertis; c'est à eux à prendre leurs précautions. C'est donc avec une grande sagesse que le projet a rappelé cette ancienne règle, que les actes sous seing-privé n'ont pas par eux seuls de date certaine contre les tiers. »

7. Les dispositions de l'article 1743, relatives à l'expulsion du fermier ou locataire par l'acquéreur, ne font que contenir elles-mêmes l'application de ces principes au cas particulier du bail (1). En vain M. Toullier y voit-il (2) une exception fondée sur la nature spéciale des droits conférés par le contrat de louage. Quels qu'ils soient, il n'en est pas moins vrai que le bailleur, après avoir loué sa chose et transmis sur elle, à ce titre, certains droits, ne peut, en l'aliénant, transférer à l'acquéreur plus de droits qu'il n'en avait conservé. Si donc le preneur ou locataire peut être expulsé, à défaut de bail ayant date certaine, ce ne peut être que parce que le bail qu'il invoque ne fait pas foi de sa date envers le tiers acquéreur.

Nous retrouvons une application du même principe dans l'article 684, C. pr., qui porte que les baux qui n'auront pas acquis date certaine avant le commandement en saisie immo-

(1) Troplong, *Hyp.*, n° 533 ; et *Louage*, n° 503. — Merlin, *ibid.* — Zachariæ, t. 5, p. 674, n^te^ 94, 1re édit., et t. 8, p. 252, n^te^ 110, 4e édit.
(2) T. 8, n° 248.

bilière, pourront être annulés si les créanciers ou l'adjudi taire le demandent.

Les articles 1410 et 1558 concernant les dettes personnel de la femme et antérieures au mariage nous en fourniss également l'application à l'égard du mari. Nous remarq rons, toutefois, que la jurisprudence est sur ce point mo difficile, quant à la preuve de l'antériorité de ces dettes (1).

8. Que si, maintenant, on nous demande ce que l'on d entendre ici par tiers, nous répondrons que, pour la sai application des articles 1322 et 1328, il convient de considé comme tels tous ceux qui, n'ayant point été parties à l'a sous seing-privé, exercent en leur propre nom des droits p sonnels ou réels, soit que la loi les leur confère elle-mên ou qu'ils les tiennent d'une convention ou d'une dispositi faite par l'une des parties qui ont souscrit l'acte, lesquels dro seraient annulés, restreints ou modifiés d'une manière qu conque par l'exécution de l'acte qu'on leur oppose, s'il fais foi de sa date envers eux.

Mais sans cesser d'être considérés comme tiers sous ce ra port, ils sont néanmoins en même temps ayants-cause, s activement, lorsqu'ils exercent ces droits du chef de le auteur, soit passivement, lorsqu'ils sont obligés de respect les droits invoqués par d'autres à leur encontre. Il impo même peu, pour l'existence de cette qualité passive d'ayan cause, que les tiers qui sont en débat avec eux prétende sans contester l'efficacité de leur titre personnel, que le auteur n'avait pas les droits qu'ils veulent exercer de son ch ou qu'ils soutiennent, au contraire, en contestant l'efficaci de leur titre par rapport à eux, que les droits qu'ils entende personnellement exercer leur ont été régulièrement transmi par le même auteur commun, en vertu d'un titre antérieu

Ainsi, la même personne est tour à tour considérée comm tiers ou comme ayant-cause, suivant le point auquel on s

(1) Troplong, *Contrat de mariage*, nos 775 et suiv., et 3465.

pl e pour examiner sa situation. Et chacune de ces qualités co espond aux diverses faces sous lesquelles elle doit être er isagée.

. Nous devons maintenant signaler, en entrant dans les q stions de détail, quelques-unes des principales conséq nces que la jurisprudence et la doctrine ont déduites de c principe, que l'acte sous seing-privé ne fait foi de sa date e tre les tiers que du jour où il a acquis date certaine.

elui qui prétend exercer un droit d'usage ou usufruit (1), u servitude (2), un droit réel quelconque, en vertu d'un acte p vé sans date certaine, ne peut le faire au préjudice du tiers a uéreur dont le titre a acquis une date certaine antérieure.

Le tiers porteur d'un acte privé par lequel des droits quelc iques lui ont été cédés sur les biens donnés à un autre, ne p it l'opposer au donataire, s'il n'a une date certaine antér ure à la donation (3), quand bien même la donation comp ndrait tous les biens présents, et qu'elle eût été faite à la c irge de payer les dettes du donateur (4), à moins qu'elle r ût été faite en fraude des droits du créancier qui, dans ce c , pourrait en poursuivre la révocation, conformément à l rticle 1167 (5).

L'acquéreur d'un héritage est également un tiers par rapp rt aux actes sous seing-privé sans date certaine, par lesquels l vendeur aurait, en apparence antérieurement à la vente, r noncé à l'exercice d'une servitude active, ou interrompu p r sa seule reconnaissance la prescription d'une servitude

(1) MERLIN, *ibid.* — DURANTON, t. 13, nº 137.

(2) Cass., 28 juillet 1858. SIREY, 58, 1, 792. — 1er déc. 1863. REY, 64, 1, 127.

(3) ZACHARIÆ, t. 5, p. 675, 1re édit., et t. 8, p. 253, 4e édit. — enoble, 9 mai 1833. SIREY, 33, 2, 506.

(4) ZACHARIÆ, t. 5, p. 344, 1re édit., et t. 7, p. 406, 4e édit. — URANTON, t. 8, nº 473. — GRENIER, *Donat.*, t. 1, nº 87. — TOULLIER, 5, nº 818. — Agen, 14 nov. 1842. SIREY, 43, 2, 164.

(5) Voy. Bordeaux, 19 nov. 1836. SIREY, 37, 2, 481.

passive opérée au moyen du non usage. De pareils actes peuvent être opposés par les tiers, sauf à eux à invoquer, s y a lieu, abstraction faite de ces titres, des faits de possessi suffisante pour interrompre la prescription de la servitude pa sive, ou un non usage suffisant pour éteindre la servitude activ

Le créancier hypothécaire ou antichrésiste exercera éga ment son hypothèque ou son antichrèse sur l'immeub affecté, bien qu'un tiers se présente porteur d'un acte so seing-privé sans date certaine, duquel il apparaît que c immeuble lui a été vendu antérieurement à la constitution (l'hypothèque ou de l'antichrèse (1).

Un cohéritier cède ses droits héréditaires et, en cons quence, a accepté la succession. Mais l'acte de cession est sa date certaine. Si l'héritier cédant déclare plus tard renonce l'acte de cession ne sera pas opposable aux autres héritie qui, en dehors de tout concert frauduleux, se trouvent sais de la part du renonçant par l'effet seul de sa renonciation (2

10. Nous venons de réserver aux tiers, en fraude des droi desquels une donation a été faite, le droit d'en poursuivre . révocation, conformément à l'article 1167. Ce n'est pas qu dans ce cas, le donataire puisse être considéré comme l'ayan cause du donateur ; mais c'est uniquement parce que la fraude qui passe toutes les règles ordinaires du droit, donne ouverture à l'action paulienne. Le donataire, s'il est complice de la fraude, ne pourra donc opposer aux tiers porteurs de titres sans date certaine, qu'ils ne prouvent pas que ces titres son antérieurs à l'acte de donation prétendu frauduleux (3).

Mais, hors ce cas, qui n'est qu'une exception fondée sur les règles particulières à la fraude, le donataire, même d'une uni-

(1) Merlin, *ibid.*—Zachariæ, t. 5, p. 677, 1re édit., et t. 8, p. 255, 4e édit. — Troplong, *Hyp.*, nos 529 et suiv. — Grenier, *Hyp.*, t. 2, n° 354. — Duranton, t. 13, n° 138. — *Contrà.* Toullier, t. 8, n° 247.

(2) Cass., 4 avril 1882. Sirey, 84, 1, 369.

(3) Voy. article 1167, n° 22.

versalité de biens, est un tiers par tous les actes privés sans d[ate] certaine émanés du donateur, et dont l'effet serait, s'ils é[taie]ent exécutés contre lui, de porter atteinte à l'étendue et à l'[ir]révocabilité de ses droits (1).

[L]e principe est également applicable, lorsqu'il s'agit d'un c[on]trat à titre onéreux. Les tiers porteurs d'actes sous seing-p[riv]é sans date certaine peuvent les faire prévaloir, en éta-b[lis]sant que leur adversaire a participé à la fraude sur laquelle il[s] fondent leur action en révocation.

11. Celui à qui l'on oppose un acte sous seing-privé comme f[on]dement de la prescription de dix ou vingt ans avec bonne f[oi], est un tiers contre lequel l'acte ne fait point foi de sa date, s['e]lle n'est certaine. Sa date apparente, quoique jointe à la p[os]session, ne peut servir à fixer le point de départ de la p[re]scription, sauf à celui qui invoque le titre à joindre sa pos-s[es]sion à celle de son auteur (2), afin d'acquérir par elle la p[re]scription dont il entend se prévaloir.

12. Comme on peut déguiser une renonciation à une pres-[cri]ption acquise sous la forme d'une reconnaissance interrup-[tiv]e antidatée, cette reconnaissance ne vaut, à l'égard des [tie]rs, que tout autant qu'elle a une date certaine antérieure à [l'a]ccomplissement de la prescription. Et par tiers nous enten-[do]ns ici tous ceux qui, aux termes de l'article 2225, peuvent, [co]mme intéressés, opposer la prescription, encore que le [dé]biteur y renonce. Tels sont les codébiteurs solidaires, les [ga]rants et les cautions.

13. Une maison est indivise entre Antoine et Frédéric Vil-[le]te. Le 30 juin 1790, Frédéric cède sa portion à Antoine, par [ac]te sous seing-privé. Le 2 mai 1792, les deux frères vendent

(1) Nancy, 14 fév. 1828. SIREY, 29, 2, 192. — Angers, 29 fév. 1829. [S]IREY, 29, 2, 205.

(2) TROPLONG, *Prescript.*, n° 913. — DURANTON, t. 13, n° 112. — [V]AZEILLE, *Prescript.*, n° 494. — *Contrà*, TOULLIER, t. 8, n° 239.

conjointement cette maison à Devielles. Plus tard l'acquére est poursuivi comme tiers détenteur par la veuve d'Antoir qui prétend exercer son hypothêque légale sur la totalité la maison. Arrêt (1) qui en restreint l'exercice sur la moi appartenant à son mari, parce que la vente qu'elle invoq n'a pas date certaine à l'égard du dernier acquéreur (2).

Ainsi, le créancier hypothécaire ne peut, en ce qui touch l'exercice de son hypothèque, se prévaloir contre un tie acquéreur des actes sous seing-privé que son débiteur lu même ne pourrait opposer à ce dernier.

14. Il convient d'assimiler à un acte sous seing-privé san date certaine les simples déclarations verbales qui auraien pour effet d'établir une convention ou tout autre fait juridi que dont l'existence, si elle était régulièrement établie, pré judicierait aux droits des tiers.

Par exemple, un héritier vend la totalité d'un immeuble indivis à un tiers par acte sous seing-privé sans date certaine. Plus tard l'autre héritier vend sa portion indivise à une autre personne, par acte ayant date certaine. Le premier acquéreur ne pourra opposer au second la déclaration faite sous la foi du serment par l'auteur de celui-ci qu'il avait consenti, sans y concourir expressément dans l'acte, à la première vente qui avait été faite de la totalité de la chose. Cette déclaration verbale ne saurait avoir plus d'effet qu'un écrit sous seing-privé qui aurait pour objet de constater cette vente (3).

15. Tous jugements par défaut rendus contre une partie qui n'a pas constitué d'avoué seront exécutés dans les six mois de leur obtention, sinon seront réputés non avenus. Telles sont les dispositions de l'article 156, C. pr. Cependant, comme cette péremption de droit n'a été introduite qu'en considéra-

(1) Cass., 20 fév. 1827. Sirey, 27, 1, 138.
(2) Troplong, *Hyp.*, n° 536.
(3) Bastia, 24 juin 1833. Dalloz, 33, 2, 188.

n de l'ignorance et de la bonne foi possibles de la partie ndamnée, elle peut valablement y renoncer. Elle peut donc quiescer au jugement, non-seulement dans les six mois de n obtention, afin d'éviter l'éclat et les frais d'une poursuite oureuse en exécution, mais encore après l'expiration de ce ai de six mois, et faire ainsi revivre la condamnation pro-ncée contre elle, comme si elle avait été régulièrement exé-ée. Elle ne fait alors, dans tous les cas, que renoncer à e péremption de droit introduite en sa faveur, et donner à la cision rendue un acquiescement que l'équité, la bonne foi et n intérêt bien entendu déterminent le plus souvent de sa part.

Vainement objecterait-on que cette renonciation à la remption a pour conséquence de faire revivre un jugement uté non avenu; qu'en conséquence des hypothèques seront ses, bien moins en vertu de ce jugement que de la volonté ule de la partie condamnée qui acquiesce; qu'en réalité cet quiescement crée une hypothèque judiciaire sur ses biens ésents et à venir, et fait ainsi ce qu'un jugement régulière-nt rendu et toujours subsistant pourrait seul opérer. Cette jection est outrée. Ce n'est pas, en effet, l'acte d'acquies-ment ou de renonciation à la péremption qui constitue ypothèque judiciaire; c'est le jugement, c'est le titre primi- qui est censé avoir toujours eu, à l'égard de la partie con-mnée, force et autorité, par suite d'une renonciation aux uses d'extinction qui, si elles avaient été opposées, devaient faire réputer non avenu. Il faut donc ne pas considérer ici s conséquences, mais seulement le principe. Or, le principe t que la loi ne défend point de renoncer à un droit introduit faveur de celui qui renonce (1).

Ainsi se passent les choses à l'égard de la partie condamnée, l'on voit que sa renonciation à la péremption du jugement

(1) Boncenne, *Procédure civile*, t. 3, p. 59. — Nancy, 15 fév. 1831. rey, 31, 2, 179. — Toulouse, 28 janv. 1831. Sirey, 31, 2, 326. — *ntrà,* Metz, 26 mai 1819. Sirey, 19, 2, 324.

par défaut produit, par rapport à elle, les mêmes effets que l renonciation à la prescription accomplie.

Mais en est-il de même à l'égard des tiers? Il est d'abor incontestable que le créancier qui a obtenu un jugement pa défaut ne peut se prévaloir, envers les autres créanciers d débiteur, de l'acquiescement donné par celui-ci par acte sou seing-privé qui n'a acquis date certaine qu'après l'expiratio des six mois de l'obtention du jugement. Ils sont tiers, et, e cette qualité, ils ont intérêt et droit à faire déclarer périmé la décision rendue, à défaut d'exécution dans les six mois nonobstant l'acte d'acquiescement qui, n'ayant point de dat certaine, ne fait pas foi de sa date à leur égard (1). Si donc un hypothèque a été prise en vertu de ce jugement, réputé no avenu en ce qui les concerne, ils pourront la faire déclarer d nul effet et valeur.

On doit même considérer ici comme tiers tous ceux au préjudice desquels la partie condamnée a renoncé à la péremption, et qui, à ce titre de parties lésées, ont intérêt, sans que même aucun droit spécial leur ait été conféré, à ce que le jugement soit réputé non avenu. Ils peuvent, en conséquence, opposer de leur chef la péremption, encore que la partie condamnée y ait personnellement renoncé.

Mais s'il est vrai, ainsi que le dit la Cour de cassation (2), que les créanciers d'un débiteur commun soient entre eux des tiers qui, aux termes de la loi, peuvent réciproquement s'opposer les vices de leurs titres, alors même que le débiteur y renoncerait ou n'en exciperait pas, ne convient-il pas, cependant, de distinguer entre ceux qui étaient déjà créanciers lorsque l'acte de renonciation à la péremption acquise n'a obtenu

(1) MERLIN, Rép., v° *Péremption*. — TOULLIER, t. 8, n° 252. — BONCENNE, *Procédure civile*, t. 3, p. 59. — Cass., 10 nov. 1817. SIREY, 18, 1, 121. — 22 juin 1818. SIREY, 19, 1, 111. — 2 août 1826. SIREY, 27, 1, 121. — Bastia, 25 janvier 1862. SIREY, 62, 2, 453.

(2) 6 avril 1840. SIREY, 40, 1, 843.

te certaine, à leur égard, qu'après l'expiration du délai de x mois, et ceux qui ne sont, au contraire, devenus créanciers i'à une date postérieure? Quant à ces derniers, ne peut-on s dire que l'acquiescement donné par le débiteur, soit avant, it après l'expiration des six mois, le rend non recevable à oposer plus tard la péremption; que les tiers qui contractent ec lui après que cet acquiescement a acquis date certaine, quelque époque que ce soit, ne peuvent pas plus en critiquer efficacité qu'il ne le pourrait lui-même; que le jugement ılant à son égard, par l'effet de sa renonciation, comme conadictoire, doit avoir la même valeur à l'égard des tiers, ıxquels il n'a pu conférer plus de droits qu'il n'en avait conrvé; qu'il n'est pas exact de prétendre, dans une semblable ypothèse, que sa renonciation à la péremption ait eu lieu à ur préjudice, puisque, à l'époque où des droits leur ont été onférés, elle avait déjà acquis une date certaine antérieure, ındis, au contraire, que s'ils étaient néanmoins admis à pposer la péremption du jugement, malgré l'acquiescement onné par la partie condamnée, ce serait aux droits antérieurement acquis qu'il serait porté préjudice, contrairement à outes les règles de droit et d'équité (1).

Mais cette distinction a été formellement repoussée par la our de cassation, qui déclare que, pour que l'acquiescement e la partie condamnée puisse conserver aux jugements rendus ar défaut, non exécutés dans les six mois, la vie et l'autorité ıdiciaire, il faut qu'il intervienne dans le même délai; qu'après expiration des six mois, l'acquiescement est tardif et ne peut ıire revivre le jugement par défaut, qui, faute d'exécution ans les délais de la loi, se trouve frappé d'une nullité absolue radicale (2); que peu importe que les inscriptions prises par s créanciers qui opposent la péremption du jugement soient

(1) REYNAUD, *De la péremption*, n° 159. — CHAUVEAU, sur Carré, *uest.* 651.
(2) Cass., 6 avril 1840. SIREY, 40, 1, 843.

antérieures ou postérieures à l'enregistrement de l'acquiescement, puisqu'il est constant que déjà le jugement auquel cet acquiescement s'applique était anéanti, faute d'exécution dans les six mois (1).

Et, par application de ce principe, elle a décidé (2) que la péremption du jugement par défaut pouvait être opposée par le créancier hypothécaire dont le titre de créance est postérieur à l'époque où l'acte d'acquiescement, émané de la partie condamnée, a acquis, à l'égard des tiers, date certaine, lorsque cette époque est postérieure elle-même à l'expiration du délai de six mois, bien que l'acte sous seing-privé constatant l'acquiescement porte une date antérieure à l'expiration de ce terme. En un mot, cet acquiescement tardif, à l'égard des tiers, ne peut leur être opposé et n'a aucune valeur par rapport à eux, de telle sorte que l'inscription prise par le créancier, en vertu du jugement acquiescé, ne saurait être validée, même au préjudice de créanciers postérieurs.

D'autre part, cependant, la même Cour a décidé (3) que l'on devait considérer, non comme tiers, mais comme ayant-cause, tenu, en cette qualité, de reconnaître la validité de l'acte d'acquiescement, l'acquéreur auquel la partie condamnée à vendu, à une époque où cet acte avait acquis date certaine, les immeubles sur lesquels le créancier avait pris inscription, tant en vertu du jugement par défaut que de l'acte d'acquiescement, bien que cet acte n'ait acquis date certaine qu'après l'expiration des six mois de l'obtention du jugement. En conséquence, l'acquéreur ne peut se prévaloir de la péremption prétendue acquise, et l'immeuble reste grevé dans ses mains de l'hypothèque judiciaire.

En présence de ces deux décisions de la Cour suprême, nous nous demandons si elle a entendu établir une distinction

(1) Cass., 18 juin 1845. Sirey, 45, 1, 832.
(2) Cass., 18 juin 1845. Sirey, 45, 1, 832.
(3) 21 juill. 1846. Sirey, 46, 1, 679.

ntre les simples créanciers et les tiers acquéreurs, ou même ce dernier arrêt du 21 juillet 1846 n'est pas un retour à distinction, que nous avons indiquée plus haut, entre ceux ui ont acquis des droits à une époque antérieure ou postéeure à celle où l'acte de renonciation à la péremption a quis date certaine. Nous inclinons volontiers vers cette derière opinion; car nous ne comprenons guère comment un quéreur serait un ayant-cause, et un créancier serait un ers, alors que les droits conférés à l'un et à l'autre sont posrieurs à la date, devenue certaine, de l'acte d'acquiescement.

16. En cas de concours entre subrogés successifs, ou de ubrogés avec des cessionnaires, des délégataires ou des opponts, la préférence se détermine par l'antériorité des actes. ous avons déjà vu comment (1).

17. Les créanciers exerçant les droits qu'ils tiennent de la oi contre leur débiteur, sont également des tiers par rapport ceux qui prétendraient leur opposer, comme émanés de elui-ci, des actes privés sans date certaine, qui auraient pour ésultat de paralyser ou de compromettre l'exercice de leurs roits.

Si donc des copartageants produisaient un acte de partage ns date certaine, les créanciers qui ont déjà formé opposiion, conformément à l'article 882, pourraient le repousser omme ne faisant point foi de sa date à leur égard. Ils sont, n effet, des tiers, et, en formant opposition, ils exerçent un roit propre qu'ils tiennent de la loi seule. Autrement, rien e serait plus facile pour les copartageants que d'éluder l'oposition des créanciers, en antidatant le partage (2).

18. Tels sont encore les créanciers saisissants. Ainsi, on ne eut opposer au créancier qui fait pratiquer une saisie mobi-

(1) Art. 1250, nos 36 et suiv.
(2) Chabot, art. 882. — Duranton, t. 7, n° 511. — Delvincourt, . 2, p. 372. — Merlin, Quest., v° *Tiers*, § 2.

lière ou immobilière sur les biens de son débiteur, les acte sans date certaine par lesquels celui-ci aurait aliéné en faveu d'autres personnes tout ou partie des immeubles ou meuble compris dans la saisie. L'incertitude de date suffit seule pou l'autoriser à les repousser, sans qu'il ait besoin de les atta quer comme simulés ou frauduleux. Les seuls actes qui lu soient opposables sont ceux qui ont acquis date certaine avan le procès-verbal de saisie-exécution, ou la transcription de l saisie immobilière (686, C. p.) (1).

Nous remarquerons seulement que si les auteurs indiquen la dénonciation de la saisie immobilière et non sa transcrip tion, comme étant l'époque à laquelle les actes émanés d débiteur doivent avoir acquis date certaine, c'est que l'arti cle 686, C. p., a modifié, en 1841, l'ancien article 692.

Pareillement, le fermier ou locataire qui a payé par anti cipation les fermages ou loyers des immeubles saisis, ne peu opposer ce payement aux créanciers du bailleur, lorsqu'il es constaté par un acte qui n'a acquis date certaine que posté rieurement à la transcription de la saisie qui a immobilisé le fruits des immeubles (685, C. pr.) (2).

De même enfin, les baux qui n'ont pas acquis date certain avant le commandement en saisie immobilière peuvent êtr annulés sur la demande des créanciers ou de l'adjudicatair (684, C. pr.).

M. Toullier (3) partage cette opinion, en se fondant sur c que les créanciers saisissants tiennent leurs droits de la loi e ne sont point les ayants-cause du saisi. Mais ceci n'est vra qu'en partie. Car, ainsi que le fait remarquer M. Merlin (4) si la loi règle le droit de poursuite, il n'en est pas moins vra

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 715, — Merlin, *ibid.* — Duranton, t, 13 n° 134. — Zachariæ, t. 5, p. 677, 1re édit., et t. 8, p. 256, 4e édit. — Rouen, 22 juin 1872. Sirey, 73, 2, 209.

(2) Cass., 22 fév. 1854. Sirey, 54, 1, 692.

(3) T. 8, n° 251.

(4) Quest., v° *Tiers, ibid.*

ie ce droit dérive d'une obligation contractée par le débiteur
de l'engagement de tous ses biens à son exécution. A ce
re, le saisissant est bien l'ayant-cause de son débiteur; mais
commence à être tiers aussitôt qu'on lui oppose, comme
ianés de ce dernier, des actes privés sans date certaine
ntre les conséquences desquels il entend protéger ses droits
rticuliers.

Cette observation doit même être généralisée et rendue
mmune à tout créancier qui, exerçant une poursuite, con-
rmément à la loi, tient néanmoins au fond ses droits d'un
ntrat, d'une disposition ou de tout autre acte émané de son
biteur. Sous ce rapport, il ne cesse pas d'en être l'ayant-
use.

Au surplus, si, en cas de saisie-exécution, l'acquéreur de
ut ou partie des meubles saisis ne peut opposer au saisis-
nt l'acte de vente consenti en sa faveur, s'il n'a date certaine
térieure au procès-verbal de saisie, c'est uniquement au cas
il n'a pas été mis en possession réelle. Car, s'il en avait
çu de bonne foi la délivrance, il aurait droit de les retenir,
vertu de ce principe, qu'en fait de meubles possession vaut
re (2279). Ce que nous disons de l'acquéreur, nous l'appli-
ions au créancier gagiste.

19. On voit par les divers exemples que nous venons de
pporter, que la nature des droits conférés par l'acte sous
ing-privé sans date certaine, est absolument indifférente
ur l'application de l'article 1328. Il suffit qu'ils soient en
position et en contradiction avec ceux qui ont été transmis
d'autres par un titre ayant une date constante. Ces derniers
isent dans leur intérêt même le droit de critiquer la date
parente et incertaine de l'acte dont on excipe contre eux,
de se renfermer, en qualité de tiers, dans le principe rigou-
ux et absolu posé par l'article 1328.

Ainsi, une transaction sur l'étendue du droit de propriété,
ie convention de bornage, alors même qu'elles seraient

intervenues sur des difficultés sérieuses entre les parties, n peuvent être opposées, si elles n'ont point date certaine, a tiers acquéreur porteur d'un titre dont la date est authent que ou autrement constante. Il est admis, en qualité de tier à les repousser comme apportant des restrictions, des mod fications dans l'exercice et dans l'étendue des droits qui l ont été conférés. Pour qu'elles lui fussent opposables, il fau drait, en effet, qu'elle fussent légalement émanées de so auteur, c'est-à-dire antérieurement à l'aliénation consentie e sa faveur. Or, à défaut d'une date certaine, cette preuve e impossible. Dans ce conflit de prétentions opposées, la pr férence est donc due à l'antériorité du titre incontestablemen établie.

20. Si les conventions ou dispositions dont nous avons sup posé l'existence, au lieu d'être établies par un acte sous seing privé sans date certaine, ne l'étaient que par les allégations d la reconnaissance de l'auteur commun des parties, alors mêm que ces déclarations fussent reçues à titre de témoignage, ce conventions ou dispositions, disons-nous, ne sauraient êtr opposées à celui qui invoque un acte ayant date certaine. Ca en les supposant rédigées par écrit, à la date qu'on leur assign verbalement, elles devraient encore être écartées ; à plus fort raison, doivent-elles l'être quand la preuve de leur existenc repose tout entière sur des allégations, et qu'elles n'ont aucu caractère de certitude légale envers les tiers, ni dans leu date, ni même dans leur réalité.

Tel serait encore le cas où dans une contestation élevé entre deux propriétaires sur les limites respectives de leur héritages, l'auteur de l'un d'eux viendrait déposer comm témoin qu'avant la vente il était convenu verbalement avec so voisin de telle délimitation. Une semblable convention de bor nage, fût-elle écrite, n'obligerait point l'acquéreur, à défau d'une date certaine antérieure à son acquisition. Elle ne sau rait, étant simplement verbable, non plus lui être opposée. I

rra donc, nonobstant cette convention prétendue, récla- l'étendue que donnent à son héritage, soit les titres, soit rescription.

emarquons, toutefois, qu'il ne faut point confondre cette othèse avec celle où le vendeur, précédent propriétaire, ait appelé à déposer sur des faits de possession et de jouis- ce acquisitifs ou interruptifs de la prescription. Dans ce , sa déposition vaudrait comme témoignage, non pas sur istence d'une convention verbale et sans date envers les s, mais seulement sur des faits matériels capables de fon- l'acquisition ou la conservation d'un droit. Et alors, si convention sans date certaine est produite, elle peut, itre de renseignements, servir à caractériser ces faits de session et de jouissance.

1. Poursuivons notre examen de quelques questions de ail.

es auteurs et les arrêts ne sont point d'accord sur la ques- n de savoir si le cessionnaire est tiers ou ayant-cause par port au créancier cédant, délégant ou subrogeant. Les uns tendent qu'il est ayant-cause (1); les autres, au contraire, en plus grand nombre, soutiennent qu'il est tiers (2). Nous ésitons point, quant à nous, à admettre cette dernière opi- on. Et voici notre seul argument.

S'il est incontestable aujourd'hui que l'acquéreur d'un meuble ou d'un meuble corporel est un tiers envers ceux qui oquent, en opposition et en contradiction avec son titre, un e sans date certaine, on doit, par les mêmes raisons, con-

(1) Lyon, 24 déc. 1823. SIREY, 25, 2, 149. — Bordeaux, 26 juin 40. SIREY, 41, 2, 53. — Limoges, 17 août 1841. SIREY, 42, 2, 313.
(2) DURANTON, t. 16, n° 504. — TROPLONG, *Vente*, t. 2, n° 920; et *p.*, n° 535. — DUVERGIER, *Vente*, t. 2, n° 224. — ZACHARIÆ, t. 5, 676, nte 97, 1re édit., et t. 8, p. 254, nte 113, 4e édit. — Cass., nov. 1834. SIREY, 35, 1, 109. — 23 août 1841. SIREY, 41, 1, 756. Rouen, 31 mai 1843. SIREY, 43, 2, 355.

sidérer comme tiers le cessionnaire d'une créance ou de t
autre objet incorporel. Qu'importe la nature de la chose q
fait le sujet de l'aliénation? La qualité de la personn
laquelle elle a été transmise en est indépendante. Car, si
dispositions de l'article 1328 sont fondées sur la nécessité
protéger la bonne foi des successeurs à titre particulier, con
les antidates frauduleuses, si faciles dans les actes sous sei
privé, il est évident que là où les mêmes dangers existent
convient d'introduire la même protection. Autrement, le c
sionnaire serait exposé à toutes les fraudes que la loi a vo
prévenir et déjouer, si l'on pouvait lui opposer les actes s
seing-privé sans date certaine, par lesquels les parties
les ont souscrits auraient traité sur les droits qui form
l'objet de la cession, à une date en apparence antérieur
l'époque où il en aurait été lui-même régulièrement saisi.

22. La même question a été soulevée à l'égard des cré
ciers qui pratiquent une saisie-arrêt ou opposition. En gé
ral, on les considère comme ayants-cause du saisi, et n
comme des tiers, à l'égard du tiers saisi (1). Nous penso
au contraire, qu'ils sont plus exactement des tiers.

Le créancier qui fait une saisie-arrêt est sans doute l'aya
cause du débiteur saisi, en tant qu'il exerce les droits de
dernier ; mais il exerce en même temps un droit qu'il tient
la loi et qui lui appartient en propre. En ce sens, il est vé
tablement tiers, puisqu'il est intéressé à assurer l'efficacité
sa poursuite contre les actes émanés du débiteur qui po
raient y porter atteinte. Pourquoi, d'ailleurs, établir une d

(1) DURANTON, t. 13, n° 133. — TOULLIER, t. 8, n° 251. — FAVA
Rép., v^is *Acte sous seing-privé*, § 4, n° 1. — CHAUVEAU, sur Car
Quest. 1967. — Cass., 14 nov. 1836. SIREY, 36, 1, 893. — Bourg
3 fév. 1836. SIREY, 37, 2, 11. — Toulouse, 7 déc. 1838. SIREY, 39,
225. — 5 juin 1840. SIREY, 40, 2, 340. — Aix, 8 janv. 1841. SIR
41, 2, 339. — Cass., 8 nov. 1842. SIREY, 42, 1, 929. — Toulous
5 juin 1851. SIREY, 51, 2, 369. — Lyon, 3 juillet 1873. SIREY, 74,
225.

nce entre celui qui fait une saisie-arrêt, et celui qui pra-
e une saisie-exécution? Si ce dernier est incontestablement
iers auquel on ne peut opposer les actes qui n'ont point
date certaine antérieure au procès-verbal de saisie-exé-
on, le premier doit également et par les mêmes raisons
considéré comme tiers, par rapport aux actes émanés du
teur saisi, et qui n'ont point acquis date certaine antérieu-
ent à la dénonciation de la saisie-arrêt. La saisie-arrêt
t, en effet, qu'un mode de saisie-exécution approprié à la
ire de la chose sur laquelle la poursuite s'exerce. Mais, au
l, elle tend, comme celle-ci, à la réalisation du gage et au
ement du créancier saisissant. Il s'ensuit donc, de ce que
lernier est un tiers, qu'on ne peut lui opposer, par exem-
les actes sans date certaine antérieure à l'opposition par
uels le tiers-saisi prétendrait avoir fait novation ou obtenu
ise de tout ou partie de la dette (1).
'il devait, au contraire, être considéré comme ayant-cause
saisi, de pareils actes, quelle qu'en soit la nature, lui
ient indistinctement opposables comme émanés de son
ur.

3. Il semble, d'ailleurs, que l'on n'a en général considéré
s la doctrine et dans la jurisprudence le créancier qui pra-
e une saisie-arrêt comme ayant-cause du débiteur saisi,
pour valider les payements dont se prévaut le tiers-saisi,
qu'ils ne soient point constatés par des actes ayant date
aine antérieure. Nous acceptons très volontiers ces déci-
s, et nous dirons bientôt sur quelles raisons elles doivent,
ant nous, être fondées.
'autre part, et par une exception que rien ne semble jus-
r au point de vue où l'on s'est placé, il est généralement
nnu que le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire,
que par rapport à lui il soit un tiers, les quittances éma-

) Zachariæ, t. 5, p. 678, nte 103, 1re édit., et t. 8, p. 257,
22, 4e édit.

nées du cédant, quoiqu'elles n'aient point acquis date cert[aine] avant la signification du transport, ou son acceptation par [acte] authentique. Nous souscrivons encore à ces décisions, [mais] sans cesser, néanmoins, de considérer le cessionnaire com[me] tiers.

Quant aux auteurs et aux arrêts qui réputent les cess[ion]naires ou opposants ayants-cause du cédant ou du débi[teur] saisi, il est tout simple qu'ils reconnaissent au débiteur c[édé] ou au tiers-saisi le droit d'opposer les quittances dont ils s[ont] porteurs, alors même qu'elles n'ont point acquis date cert[aine] avant la signification ou l'acceptation de la cession, ou av[ant] la dénonciation de la saisie-arrêt. C'est là une conséque[nce] toute naturelle de la qualité d'ayant-cause attribuée au [ces]sionnaire ou au saisissant. Pour ceux qui les considèr[ent], au contraire, comme tiers, la logique veut, si la solution d[e la] question doit être subordonnée à l'appréciation de cette se[ule] qualité de tiers, que les quittances sans date certaine ne p[uis]sent jamais leur être opposées.

Mais l'application rigoureuse de ces principes, s'ils étaie[nt], en réalité, aussi absolus qu'ils le paraissent, amènerait u[ne] déplorable perturbation dans les relations de la vie civ[ile]. Comme on n'est pas dans l'habitude de retirer, quand on pa[ie], des quittances authentiques, que l'on se contente d'éc[rits] privés qui n'acquièrent pas toujours à temps date certaine, [et] auxquels on songe plus rarement encore à en conférer u[ne] au moyen de l'enregistrement, les débiteurs seraient expo[sés] au danger de payer deux fois, et livrés sans défense et sa[ns] protection à toutes les fraudes que leurs créanciers pourrai[ent] commettre à leur préjudice. A-t-il été dans la pensée du lég[is]lateur de les sacrifier à la sécurité des tiers? Nous ne le pe[n]sons point. La loi a-t-elle pourvu à leurs intérêts? Nous répo[n]dons que oui, et nous expliquerons bientôt comment.

Nous croyons ne pas nous tromper en disant que c'e[st] surtout le désir d'échapper aux inconvénients graves qui rés[ul]teraient, dans la pratique, d'une opinion contraire, qui a déte[rminé]

é quelques arrêts à considérer les cessionnaires comme avants-cause. Mais ce n'est là, suivant nous, qu'éluder une culté par la violation des principes de droit. Aussi, quelques urs, touchés de cette raison d'inconvénients, bien qu'ils essent point de considérer le cessionnaire comme tiers, rdent-ils au débiteur cédé le droit de lui opposer les quittes délivrées par le cédant, quoiqu'elles n'aient point acquis certaine avant la signification ou l'acceptation du transport, en réservant toutefois aux tribunaux la faculté d'apprécier, suivant les circonstances, la sincérité de la date apparte. La question devient ainsi, suivant eux, plutôt de fait de droit, puisque la sincérité des quittances produites end de l'appréciation discrétionnaire que le juge est appelé ire des diverses circonstances de la cause (1).

'autres auteurs pensent enfin que le débiteur peut opposer cessionnaire les quittances sous seing-privé sans date certaine, pourvu qu'il le fasse incontinent et dès l'instant de la nification (2). Mais ce tempérament apporté à la rigueur droit est trop ou trop peu ; trop, car si les dispositions de ticle 1328 doivent recevoir ici leur application absolue, il contient la violation manifeste ; trop peu, car si elles laist place à l'appréciation des circonstances, la production des ttances dès l'instant de la signification du transport, outre elle n'est pas toujours possible, n'est point la seule circonsce qui établisse la sincérité de l'acte. Il conviendrait, en et, d'assimiler à une production instantanée celle qui serait te à une époque si rapprochée de la notification du transport dans des circonstances telles qu'il serait impossible de supser une antidate frauduleuse. Cette restriction, fondée sur

(1) Duranton, t. 16, n° 504. — Duvergier, *Vente*, t. 2, n° 224. — chariæ, t. 2, p. 558, et t. 5, p. 675, 1re édit., et t. 4, p. 432, et 8, p. 256, 4e édit. — Marcadé, art. 1328, n° 5.

(2) Ferrière, *Paris*, art. 104, § 1, n° 25. — Bourjon, t. 1, p. 466, 10. — Troplong, *Vente*, n° 920. — Delvincourt, t. 3, p. 170. — nnier, n° 570.

l'équité, est donc encore trop étroite, et nous trouvons d s son principe même le motif et la nécessité de son extens . Mais nous devons chercher ailleurs la solution de notre q . tion.

La véritable raison qui autorise le débiteur cédé à oppc au cessionnaire des quittances sans date certaine, se trou , suivant nous, dans les dispositions de l'article 1240. Le pa ment fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créa est valable. Or, lorsque le débiteur paye entre les mains son créancier, il fait plus que payer entre les mains du p sesseur de la créance, puisqu'il paye entre les mains de c qui en est propriétaire. Que l'on suppose un instant qu débiteur ait payé sa dette à celui qui, sans être véritablem propriétaire, est seulement en possession de la créance pourra se prévaloir de ce payement effectué de bonne contre le créancier véritable et contre tous autres qui seraie à un titre quelconque, aux droits de ce dernier. A plus fo raison, a-t-il le droit d'invoquer l'article 1240, lorsque c'est créancier lui-même qu'il a payé.

Prétendrait-on que cet article sous-entend les dispositic de l'article 1328, et que le débiteur ne peut opposer le pa ment qu'il a fait de bonne foi, que tout autant qu'il est const par un acte ayant acquis date certaine antérieurement à réclamation du véritable créancier? Ce serait ajouter aux t mes de la loi, contrairement même à son esprit. Elle n'ex qu'une seule chose, que le payement soit fait de bonne au possesseur de la créance. Or, cette question de bonne est une pure question de fait, dont la solution est ab donnée à l'appréciation souveraine des tribunaux, suivant circonstances. Si cette question est la seule qu'il convienne vérifier, à l'égard du véritable créancier qui réclame plus ta son payement, elle est aussi la seule qu'il y ait à résou envers ceux qui se présentent comme étant à ses droits, qualité de cessionnaires ou de saisissants. N'oublions poi en effet, que la cause de la libération est favorable, et q

sur cette faveur due au payement que sont fondées les ositions de l'article 1240.

plus forte raison, les payements faits de bonne foi par le ébiteur entre les mains du cédant seraient-ils opposables essionnaire, bien qu'ils ne fussent pas constatés par acte it date certaine, si la cession portait, même en termes éraux, que le cessionnaire doit souffrir la déduction de es quittances légitimes.

4. Mais nous devons présenter quelques observations pour pléter et expliquer en même temps notre théorie. En fon- t sur l'article 1240 le droit du débiteur d'opposer au ces- naire les quittances émanées du cédant, quoiqu'elles n'aient nt date certaine, nous le limitons par cela même au cas où véritable payement a été fait. Si nous n'en faisons point une stion dont la solution dépende de la qualité soit de tiers d'ayant-cause, nous la subordonnons exclusivement à la ture et au caractère de l'acte. Il ne pourra donc, ainsi que us l'avons déjà dit, opposer au cessionnaire une remise totale partielle de la dette, ni un acte de novation, s'ils n'ont quis date certaine. Cependant, si un payement avait été fait conséquence de la novation, il pourrait s'en prévaloir. rticle 1240 redevient alors applicable.

25. Ce que nous disons du cessionnaire s'applique, par les êmes raisons, au donataire d'une créance déterminée (1), au éancier qui a reçu une créance en gage, au mari quant aux ports de sa femme, enfin aux créanciers opposants ou sai- ssants.

L'article 573, C. pr., fournit même un argument contre ces erniers. La déclaration faite par le tiers-saisi doit, en effet, noncer les causes et le montant de la dette, les payements compte, si aucuns ont été faits, l'acte ou les causes de la

(1) *Contrà,* Troplong, *Hyp.*, n° 536. — Nîmes, 11 fév. 1822. Sirey, 3, 2, 135.

libération. Si ces énonciations sont exigées, ce ne peut ét que parce que le tiers-saisi peut opposer aux saisissants l faits qu'elles relatent. Mais alors pourquoi placerait-on l autres parties, qui sont également des tiers, sur une aut ligne que les créanciers saisissants ou opposants?

26. Cependant, quand nous disons que les quittances sa date certaine peuvent leur être opposées, nonobstant leur qu lité de tiers, nous ne voulons point prétendre que ces qui tances, par cela seul qu'elles établissent un payement à u date non certaine, mais en apparence antérieure, puissent ét opposées avec une efficacité invariable et absolue aux tie dont elles tendent à annuler, restreindre ou modifier les droit ni que ceux-ci soient obligés de les reconnaître comme faisa foi contre eux, tant qu'ils n'ont pas prouvé qu'elles sont fra duleuses. Non, elles ne leur sont pas opposables avec ce deg d'autorité absolue, comme elles le seraient envers des ayant cause. Mais elles le sont, à la charge par celui qui s'en pr vaut, d'établir, par les circonstances de la cause, qu'elles r sont point antidatées, et que la date qu'elles expriment e parfaitement sincère.

Ainsi se concilient, suivant nous, les articles 1240 et 132 Les tiers ne sont point tenus, en cette qualité, comme l seraient des ayants-cause, d'accepter comme faisant foi contr eux, des quittances sans date certaine; mais celui qui le invoque peut en établir la sincérité par toutes les circonstance propres à la démontrer, et il doit commencer par faire cett preuve; ce dont il serait dispensé s'il avait affaire à des ayant cause véritables.

Tel nous paraît être le sens qu'il convient de donner à l'arré de la Cour suprême du 23 août 1841 (1), qui, reconnaissan expressément la qualité de tiers au cessionnaire, et lui dénian celle d'ayant-cause dans le sens de l'article 1322, casse l'arré

(1) Sirey, 41, 1, 756.

c la Cour de Paris, comme violant les articles 1315 et 1328, pur n'avoir décidé que l'acte sous seing-privé, sans date certne, contenant, de la part du créancier, quittance ou décharge c débiteur cédé, devait faire foi de sa date contre le cessionire, qu'en le réputant ayant-cause du cédant. On voit que l Cour de cassation réserve avec soin le cas où la Cour de .ris se serait prononcée sur la sincérité de la date de l'acte us seing-privé, en se fondant, non sur la qualité du cessionire, considéré à tort comme ayant-cause, mais sur les divers circonstances du procès.

C'est ainsi encore qu'elle reconnaît aux tribunaux le droit décider que les payements sont antérieurs à la saisie-arrêt, appréciant les faits et circonstances de la cause et les actes oduits (1). Il est à remarquer que, dans ce dernier arrêt u 5 août 1839, elle évite avec soin de se prononcer sur la ualité prétendue d'ayants-cause des saisissants ou opposants, ualité qu'elle leur avait expressément attribuée par un précédent arrêt (2).

27. Il importe peu, au surplus, que les quittances sous seingrivé sans date certaine mentionnent des payements faits par nticipation ou seulement après l'exigibilité de la dette. Le lébiteur peut également s'en prévaloir en justifiant de la sincérité de la date, sauf aux tiers à les attaquer pour cause de raude (3).

Il en est de même des quittances de loyers ou fermages que e preneur oppose à l'acquéreur, à l'adjudicataire ou au donaaire des immeubles que l'auteur de ceux-ci lui a affermés (4),

(1) Cass., 5 août 1839. Sirey, 39, 1, 952.

(2) 14 nov. 1836. Sirey, 36, 1, 893.

(3) Zachariæ, t. 5, p. 678, 1re édit., et t. 8, p. 254, 4e édit.

(4) Zachariæ, t. 5, p. 676, 1re édit., et t. 8, p. 256, 4e édit. — Toullier, t. 8, nº 254. — Troplong, *Louage*, nº 327. — Duvergier, *Louage*, nºs 464 et suiv. — Turin, 26 fév. 1812. Sirey, 13, 2, 15. — Besançon, 15 fév. 1827. Sirey, 27, 2, 138.

quand même les payements auraient été effectués par antic pation (1), sauf aux parties intéressées à les attaquer pou cause de fraude, et aux créanciers hypothécaires à se préva loir, en cette qualité, des droits qu'ils ont à l'immobilisatio des fruits.

Le sous-locataire peut enfin opposer au propriétaire le quittances sans date certaine émanées de son sous-bailleur (2) bien que le propriétaire, en qualité de bailleur originaire, ai contre lui une action directe, et que les payements faits pa anticipation ne puissent lui être opposés (1753).

28. C'est en conséquence de ce principe, que les quittance sous seing-privé sans date certaine sont opposables aux tiers, que nous avons décidé (3) que celui qui se trouve dans un cas de subrogation légale peut se prévaloir du payement qu'il a fait, pour exercer lui-même, à l'encontre des tiers, les droits que lui donne cette subrogation, dont la cause est inhérente au fait même du payement.

29. Il convient d'assimiler ici à un payement effectif, soit qu'il ait été l'objet d'une imputation expresse, ou qu'il en faille déterminer la portée suivant les règles de l'imputation légale, tout acte de compensation légale ou facultative, laquelle tient lieu d'un payement réel, alors même que le concours des éléments nécessaires pour opérer la compensation ne résulterait pas de titres ayant acquis date certaine, et quelle que soit d'ailleurs la nature de ces titres.

En effet, si la partie qui s'en prévaut produisait une quittance résultant soit d'un règlement de compte, soit d'une compensation simplement facultative, elle pourrait se prétendre valablement libérée à due concurrence, en établissant, d'après les faits de la cause, l'absence de toute antidate frauduleuse.

(1) TOULLIER, *ibid.*
(2) TROPLONG, *Louage*, n° 543.
(3) Voy. art. 1250, n° 36.

›mment n'aurait-elle pas le même droit, lorsque s'agissant une compensation légale et de plein droit, c'est la loi elle-ême qui lui donne quittance?

Ainsi, en cas de cession d'une créance sur le capital de quelle les intérêts usurairement perçus s'imputent, par voie › réduction, au fur et à mesure de chaque perception, le ›biteur cédé pourra opposer au cessionnaire les quittances, ıême sans date certaine, des intérêts usuraires. Telles sont ›s conséquences incontestables de la nouvelle loi sur l'usure u 19 décembre 1850.

30. Il est indifférent que la quittance sous seing-privé, que e débiteur oppose, par exemple, aux tiers opposants, exprime ıne date ou n'en exprime aucune, puisque la date qu'elle ›noncerait n'aurait d'ailleurs aucun caractère de certitude égale. Il suffit, dès lors, que son antériorité soit constante, l'après l'appréciation des circonstances de la cause (1).

Il s'ensuit que la production d'une quittance n'est même pas nécessaire, et que, à part toute circonstance de fraude, les payements sont opposables, alors même qu'ils ne sont constatés par aucune quittance en forme, si leur existence est d'ailleurs régulièrement établie, soit par la reconnaissance et l'aveu de celui qui les a reçus, soit par la preuve que le débiteur en administre par témoins ou par présomptions, avec ou sans commencement de preuve par écrit. Car si le débiteur peut se prévaloir des payements qu'il a effectués, ce n'est pas à raison de la nature de la preuve, mais seulement par suite du caractère de l'acte de libération qu'il invoque en sa faveur. Le mode de preuve est donc indifférent, pourvu qu'après tout elle soit légalement administrée, et qu'il n'y ait au fond ni dol ni fraude.

31. On doit encore ranger dans la classe des tiers l'héritier de l'une des parties qui ont souscrit un acte sous seing-privé,

(1) Riom, 25 fév. 1845. Sirey, 46, 2, 19.

lorsque, agissant en vertu d'un droit propre, quoique dépendant de sa qualité d'héritier, par exemple, comme ayant droi à la réserve, il attaque l'acte comme contenant des avantage excédant la portion disponible (1). En tant qu'il poursuit l fraude faite à sa réserve légale, il exerce un droit propre e doit être considéré comme tiers.

Ainsi, un acte de vente sous seing-privé entre futurs conjoints, mais n'ayant point acquis date certaine avant la célébration du mariage, ne fait pas foi de sa date à l'égard d leurs héritiers réservataires. Ils sont des tiers, en ce qui concerne l'exercice des droits que leur réserve l'article 1595, et, conséquemment, ils sont recevables à attaquer comme contenant des avantages indirects, les actes faits dans ce but par les époux, sans que ces actes puissent leur être opposés comme faisant foi contre eux de la sincérité de leur date (2).

32. L'héritier bénéficiaire, créancier de la succession, doit enfin être considéré lui-même comme tiers par rapport aux actes sous seing-privé émanés de son auteur. Telle est la conséquence de la séparation des patrimoines que produit le bénéfice d'inventaire (3).

33. On s'est demandé si la femme mariée ayant hypothèque pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari, et pour le remploi de ses propres aliénés, à compter du jour de l'obligation ou de la vente, pouvait, dans l'exercice de son hypothèque légale, opposer aux tiers la date, quoique non certaine, des actes qui fondent son recours en indemnité. Si cette question doit être résolue par la seule qualité de tiers ou d'ayant-cause, il est de toute évidence que la femme mariée ne peut se prévaloir de la date énoncée dans de pareils actes

(1) Cass., 6 fév. 1838. Sirey, 38, 1, 108. — 20 janv. 1864. Sirey, 65, 1, 454.

(2) Cass., 31 janv. 1837. Sirey, 37, 1, 533.

(3) Cass., 22 juin 1818. Sirey, 19, 1, 111.

ous seing-privé et sans date constante, au préjudice, soit des utres créanciers hypothécaires qui contestent l'antériorité de on recours, soit des tiers acquéreurs ou détenteurs qu'elle ntend poursuivre hypothécairement. Ils sont, en effet, des iers par rapport à elle, et non les ayants-cause de son mari vec lequel ils ont contracté, puisqu'ils sont intéressés à léfendre les droits qui leur ont été conférés, contre les actes que ce dernier a pu consentir à leur préjudice. Si donc on se place à ce point de vue exclusivement de la qualité de tiers ou d'ayant-cause, on arrive à cette conséquence nécessaire, que la femme mariée n'a d'hypothèque pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari et pour le remploi de ses propres aliénés, du moins à l'égard des tiers, que du jour où les actes d'obligation ou de vente ont acquis contre ces derniers date certaine par l'un des moyens indiqués par l'article 1328. Il s'ensuivrait encore qu'aucun rang hypothécaire ne pourrait lui être assigné, tant que les actes, qui donnent naissance à son hypothèque, n'auraient point acquis date certaine, et même qu'elle ne pourrait jamais en réclamer aucune, avec efficacité, contre les tiers, lorsque l'obligation et la vente n'étant point constatées par écrit, la preuve n'en serait administrée que par témoignages, présomptions ou reconnaissances verbales.

Toute la question est donc de savoir si l'article 1328 pose un principe applicable à tous les actes sous seing-privé. Or, il n'y déroge point quant à l'hypothèque de la femme, et l'on ne peut introduire pour ce cas une exception qui n'est point écrite dans la loi. Telle est la décision de la Cour de cassation (1), qui a cassé l'arrêt de Paris que nous citons plus loin.

(1) 5 fév. 1851. Sirey, 51, 1, 192. — Agen, 21 mars 1851. Sirey, 52, 2, 224. — Rouen, 24 mars 1852. Sirey, 52, 2, 535. — Douai, 29 janv. 1857. Sirey, 57, 2, 401. — Cass., 15 mars 1859. Sirey, 59, 1, 193. — Agen, 10 juin 1859. Sirey, 59, 2, 341. — Cass., 21 avril 1869. Sirey, 69, 1, 350.

Il a cependant paru impossible que la loi ait entendu consacrer un pareil résultat. En accordant à la femme une hypothèque légale, dispensée même d'inscription, elle a, en effet dit-on, voulu la protéger contre sa propre faiblesse. Comme elle est placée sous la puissance et l'autorité de son mari, elle est présumée ne pas avoir la liberté de choisir entre les divers modes d'établir les engagements qu'elle contracte dans un intérêt qui n'est pas le sien. Elle est en même temps censée ne point avoir la faculté de donner aux actes sous seing-privé qui les constatent, une date certaine par la formalité de l'enregistrement. L'application rigoureuse et absolue de l'article 1328 serait donc en contradiction avec l'esprit de la loi, qui s'est constamment appliquée à entourer les femmes mariées d'une protection toute particulière, à raison de leur faiblesse et de leur dépendance. En outre de ces raisons, on ajoute que l'article 2135, dont les termes généraux repoussent d'ailleurs toute distinction, semble ainsi consacrer une exception aux dispositions de l'article 1328, à l'égard des femmes mariées; que cette exception se fonde uniquement sur la faveur qui leur est due, sur la nature des engagements qu'elles ont contractés, et le caractère du recours qu'elles ont à exercer, sans que son efficacité puisse dépendre de formalités qu'elles sont censées ne pas avoir eu la faculté de remplir. Elles sont donc recevables à exercer, au préjudice des tiers, nonobstant leur qualité de tiers, leur hypothèque légale pour indemnité des dettes ou remploi des propres, du jour de l'obligation ou de la vente, soit que la preuve en résulte d'actes authentiques, ou d'actes sous seing-privé ayant acquis ou non date certaine, soit enfin que la preuve en soit administrée seulement au moyen de témoignages, de présomptions, de déclarations et reconnaissances verbales (1).

(1) Duranton, t. 20, n° 34. Il semble du moins le supposer. — Paris, 31 juill. 1847. Sirey, 47, 2, 483. — Orléans, 24 mai 1848. Sirey, 50, 2, 145.

Et si des tiers se trouvaient, à un titre quelconque, subro-s aux droits de la femme, ils les feraient valoir comme elle, ns être astreints à l'accomplissement d'aucunes formalités rticulières (1).

Malgré ces raisons, qui ne sont point sans force, nous perstons à penser que l'article 2135 doit se combiner avec l'arle 1328, et que les tiers peuvent se prévaloir du défaut de ite certaine, pour contester le rang ou le droit hypothécaire ie la femme ou son subrogé réclame.

Que si, néanmoins, et cette observation nous paraît imporinte, la femme avait été victime, de la part de son mari d'un ol et d'une fraude caractérisés, à l'occasion de l'acte sans ate certaine pour lequel elle réclame une indemnité, dans cas elle pourrait se prévaloir de son hypothèque légale du our de cet acte. Alors, en effet, elle a droit, non plus à une ndemnité proprement dite, mais à de véritables dommages et itérêts pour délit ou quasi-délit.

34. Les tiers au préjudice desquels la femme prétend exerer son hypothèque légale, ne sont donc point tenus de econnaître la date apparente des actes qu'elle invoque contre ux et qui n'ont point acquis date certaine. Ils peuvent en contester la certitude; et, aussitôt qu'une semblable contestaion est soulevée, il ne suffira pas à la femme de prouver que a date est sincère, au moyen des titres produits, des faits et les circonstances de la cause, sauf aux adversaires à attaquer es actes eux-mêmes pour cause de dol et de fraude. Sous ce apport, la situation de la femme est, vis-à-vis des tiers, difféente de celle qu'elle aurait si elle avait affaire à de véritables yants-cause. Car ceux-ci seraient tenus, en cette qualité, l'accepter comme sincère la date des actes qui leur seraient pposés.

Il s'ensuit que, si elle prétendait exercer son hypothèque,

(1) Paris, 31 juill. 1847. Sirey, 47, 2, 483.

pour indemnité de dettes contractées avec son mari, sur d
immeubles vendus par ce dernier à un tiers, et que l'ac
d'obligation, aussi bien que l'acte de vente, n'eût point acqu
date certaine, le tiers acquéreur ni elle-même ne pourraie
établir, à l'encontre l'un de l'autre, l'antériorité de leur tit
par les diverses circonstances de la cause. Dans ce cas, e
effet, l'acte invoqué par elle, n'ayant point une date constant
n'établit point par lui-même de priorité en sa faveur, co
tre le tiers dont le titre semblable n'a pas une plus grand
autorité.

35. Nous avons vu que, dans certains cas et sous certain
rapports, les créanciers étaient tiers et non ayants-cause d
débiteur. Mais la qualité de tiers ne saurait leur apparteni
que lorsqu'ils exercent sur le gage de leurs créances les droits
soit réels, soit personnels, qu'ils tiennent de leur débiteur o
de la loi. Il cessent d'être tiers et sont, dans toute la forc
du mot, des ayants-cause, lorsque, au lieu d'agir en leur nor
propre et privé, ils ne font qu'exercer les droits de leur débi
teur, en son nom et à sa place, conformément à l'article 1166
Les actes sous seing-privé émanés de ce dernier font alor
également foi contre eux (1).

36. Tels sont les créanciers d'une personne tombée en fail
lite. Le jugement qui déclare la faillite dessaisit, en effet, seu
lement le failli de l'administration de ses biens et en saisit la
masse des créanciers, sans leur conférer contre les tiers qu
ont, avant la faillite, traité de bonne foi avec le failli, aucu
droit qu'en leur qualité de créanciers ils n'auraient pas acquis
auparavant. Lors donc qu'ils n'attaquent point comme frau-
duleux les actes sous seing-privé faits par le failli avant la
déclaration de sa faillite, et qu'ils n'excipent d'aucun droi
antérieur, personnel ou réel, qui leur appartienne en propre

(1) Angers, 12 janvier 1865. Sirey, 65, 2, 202. — Cass., 23 juillet 1866. Sirey, 66, 1, 404.

istinctement de ceux de leur débiteur, dans ce cas ils sent simplement comme représentants et ayants-cause du i, dont ils se bornent à exercer les droits et actions par le istère des syndics. En cette qualité d'ayants-cause, ils ne vent opposer aux tiers qui ont traité avec le failli avant sa lite, aucun défaut de date certaine dont ce dernier n'aurait nt été lui-même recevable à se prévaloir (1).

insi sont opposables à la masse des créanciers, quoiqu'ils ient point acquis date certaine avant la déclaration de fail-, les actes sous seing-privé faits sans fraude par le failli par lesquels il a, par exemple, rétrocédé à un tiers un neuble dont il s'était rendu adjudicataire (2), cédé ses droits éditaires dans une succession (3), accordé dispense de têt ou de dénonciation de protêt (4), souscrit un billet ır supplément de prix de vente (5), fait novation de sa ance, accordé terme pour le payement, fait remise totale partielle, reconnu le payement de tout ou partie de la dette donné quittance.

Par application du même principe, on doit admettre dans faillites à concourir au concordat et aux distributions tous créanciers légitimes et sincères, sans distinction entre ıx qui sont ou ne sont pas porteurs de titres ayant une date taine antérieure à la faillite (6). Et la même règle s'appli-e aux distributions civiles en suite de saisie (7).

1) Zachariæ, t. 5, p. 677, 1re édit., et t. 8, p. 255, 4e édit. — deaux, 22 août 1860. Sirey, 61, 2, 49. — Cass., 25 février 1862. ey, 62, 2, 1, 497. — Rennes, 12 juillet 1879. Sirey, 81, 2, 190.

2) Cass., 15 juin 1843. Sirey, 43, 1, 467.

3) Cass., 15 juin 1843. Sirey, 43, 1, 471.

4) Cass., 4 juill. 1854. Sirey, 1854, 1, 469. — 28 juin 1875. Sirey, , 1, 309.

5) Dijon, 13 juin 1864. Sirey, 64, 2, 244.

(6) Duranton, t. 13, n° 140. — Metz 1er février 1860. Sirey, 60, 542.

7) Duranton, t. 13, n° 141.

37. En cas de cession de biens volontaire ou judiciaire, l créanciers du cédant sont également ses ayants-cause. L actes sous seing-privé passés avec lui leur sont en conséquen opposables, bien qu'il n'aient point acquis date certaine ava la cession. Les créanciers représentent, en effet, dans ce ca la personne du cédant, en tant qu'ils n'agissent point en le nom propre et personnel, et qu'ils n'exercent aucuns droi soit personnels, soit réels, distincts de ceux de leur débite et qui leur appartiennent particulièrement.

Mais si, indépendamment de leur qualité générale de créa ciers du cédant, ils font valoir des droits particuliers quelcc ques, en leur nom personnel, alors ils sont de véritables tie et les actes sous seing-privé émanés de leur débiteur n'o point de date à leur égard, s'ils n'ont acquis date certai avant l'acquisition des droits qui leur ont été conférés.

38. Quant aux actes faits sans fraude et en leur quantité p un mandataire conventionnel ou par un administrateur lég tel qu'un mari, un tuteur, ils font foi de leur date contre mandant, contre la femme, contre le pupille, bien qu'ils n'aie acquis date certaine que depuis la révocation du mandat, séparation de biens, la dissolution du mariage arrivée par prédécès de la femme, ou la cessation de la tutelle arri par la mort ou la majorité du pupille (1). Il appartient al au mandant ou autres dont les biens ont été gérés, à étab que l'acte sous seing-privé qu'on leur oppose a été frauduleu ment antidaté. Car, jusqu'à preuve contraire, il est présu véritable.

(1) Zachariæ, t. 3, p. 135, n[te] 12, et t. 5, p. 679, 1[re] édit., et t. p. 655, et t. 8, p. 259, 4[e] édit. — Troplong, *Mandat*, n° 763. — Cas 28 nov. 1833. Sirey, 33, 1, 830. — 19 nov. 1834. Sirey, 35, 1, 6 — Paris, 7 janv. 1834. Sirey, 34, 2, 239. — Bourges, 17 mai 18 Sirey, 43, 2, 100. — Cass., 13 mars 1854. Sirey, 54, 1, 529. 8 juin 1859. Sirey, 59, 1, 567. — Voy. encore, Cass., 1[er] juillet 18 Sirey, 63, 1, 333. — Nancy, 25 juillet 1868. Sirey, 69, 2, 86. Dijon, 6 juillet 1883. Sirey, 84, 2, 44.

l n'en est pas autrement des actes faits par celui que le
ndataire se serait substitué dans sa gestion, ou par le man-
aire du mari, du tuteur ou autre administrateur légal.

39. Si les actes sous seing-privé sans date certaine ne sont nt opposables aux tiers, ce n'est que sous la condition qu'ils contracté de bonne foi, sans dol ni fraude, dans l'ignorance actes antérieurs qui, contenant aliénation et transmission certains droits de la part de leur auteur, l'avaient mis dans npossibilité de leur transmettre plus de droits qu'il n'en avait -même. Ce principe ressort, indépendamment des règles iérales d'équité qui président toujours à la théorie des obli-ions, du but particulier que le législateur s'est proposé en ctant l'article 1328.

La loi a voulu, en effet, au moyen de ses dispositions, pro-er la bonne foi des tiers contre le danger des antidates uduleuses, qu'il est si facile de commettre dans des actes is seing-privé passés après coup. Mais lorsque le tiers a itracté frauduleusement, de mauvaise foi, en connaissance l'acte privé antérieur dont on se prévaut plus tard contre , comme s'il avait, à son égard, acquis date certaine; lors-'il a su, par exemple, que son auteur avait déjà vendu à un ire la même chose dont il lui a plus tard consenti aliénation, nement il prétendra, dans ce cas, demeurer propriétaire, exclusion du précédent acquéreur, sous le seul prétexte e son titre a une date certaine antérieure. Il ne pourra 'oquer la protection de l'article 1328, parce qu'elle n'est pas e au dol, ni à la fraude.

Ainsi repoussé, à raison de sa mauvaise foi, par le premier juéreur, il n'aura qu'à s'en prendre à lui-même de l'ineffi-cité de son contrat et du dommage qu'il en éprouve, pour voir volontairement encouru, en connaissance de cause. mment, en effet, pourrait-il prétendre que l'acte dont se évaut son adversaire n'a pas de date vis-à-vis de lui, alors e la connaissance personnelle qu'il a eue équivaut, à son ard, à une certitude relative de date antérieure?

Tel est le cas où j'achète une propriété, sachant que vendeur a consenti précédemment, par acte privé, une se tude en faveur de son voisin ; le sachant, par exemple, p avoir vu, lu, conseillé, rédigé l'acte qui la constitue, soit p avoir réglé quelque différend à l'occasion de son exercice, pour l'avoir exercée ou soufferte moi-même, en qualité de mier du fonds dominant ou du fonds servant. Je ne pou prétendre que l'acte ne fait pas foi de sa date à mon ég Du moins, le tiers pourra me répliquer par la preuve de fraude ou de ma mauvaise foi.

Le porteur d'un acte sous seing-privé sans date certa pourra donc, pour échapper à l'application de l'article 13 offrir la preuve de faits qui constituraient son adversaire, état de dol et de fraude (1). Et, outre les éléments ordinai d'une notoriété non équivoque, tels que la possession et jouissance publique, souvent la nature même des droits c cédés, la position des parties, leurs rapports, les diverses constances de la cause suffiront pour établir la mauvaise et la fraude. Ce n'est pas que l'acte soit censé acquérir d certaine, et, si l'article 1328 cesse d'être applicable, c uniquement à raison des principes généraux et supérie d'équité et de bonne foi.

Mais quand nous parlons ici de mauvaise foi, nous entendo une mauvaise foi caractérisée, participant du dol et de fraude proprement dits. A la différence des cas ordinair la simple connaissance ne suffira pas toujours pour constitu le tiers en état de mauvaise foi, si, à ce premier élément, vient se joindre une intention frauduleusement calculée. Po que l'application de l'article 1328 cesse à son égard, il fa donc que le tiers non-seulement ait connu, sans incertitude sans équivoque, l'existence de l'acte antérieur sous sein privé, mais encore qu'il ait eu, en contractant, précisément

(1) Agen, 12 mai 1830. Sirey, 33, 2, 110.

e de frauder les droits précédemment concédés à un (1).

si, en cas de bail sous seing-privé sans date certaine, le ur ne peut opposer à l'acquéreur qui prétend l'expulser, onnaissait, en achetant la chose louée, l'existence du bail, s'est engagé par la vente à le respecter (2). L'acquéreur égitimement croire que le vendeur, en ne stipulant pas intien du bail, s'engageait lui-même à faire sortir le pre- sauf indemnité; il a pu ensuite, quoique connaissant le 'occupation de celui-ci, ignorer les clauses du bail quant lurée et les autres conditions de son existence, et le con- er, dès lors, comme fait seulement pour le temps de durée aire d'un bail verbal. Mais si le tiers acquéreur, contrac- en parfaite connaissance, s'était rendu coupable d'une sion dolosive et d'un concert frauduleux, le preneur it être maintenu en possession, quoique son titre n'eût acquis date certaine.

Il suffit, au surplus, que la bonne foi du tiers ait existé oment où il a contracté. Il importe peu qu'il ait appris ard l'existence d'un acte antérieur qui aurait transmis à tre des droits en contradiction et en opposition avec les Il peut néanmoins, malgré cette connaissance ultérieu- it acquise, se prévaloir des dispositions de l'article 1328, e s'il avait été constamment de la plus entière bonne ar, au moment où il contractait, sa bonne foi était par- et, de cet instant, la protection de notre article lui était e.

ne fais consentir une hypothèque; j'apprends plus tard immeuble affecté a été antérieurement vendu par acte

ACHARIÆ, t. 5, p. 681, 1re édit., et t. 8, p. 261, 4e édit. — le, 9 mai 1833. SIREY, 33, 2, 506. — Nîmes, 27 mai 1840. 40, 2, 495.

Douai, 11 août 1837. SIREY, 38, 2, 106.

sous seing-privé; cependant, je prends inscription. Mon hy. thèque est valable (1).

J'achète un immeuble le 1er janvier, par acte sous sei privé; deux jours après, j'apprends qu'un tiers s'en dit ac acquéreur, en vertu d'un acte de même nature. Je m'empre de faire enregistrer le mien, pour m'assurer la priorité date. Je suis dès lors préférable, tant à raison de l'antério de mon titre qu'à raison de ma bonne foi au moment de vente.

Mais il y aurait fraude de ma part si, apprenant, avant contracter, l'existence d'un contrat antérieur passé avec tiers, j'antidatais mon acte de manière à faire croire que, à ce fausse date, j'étais en état de bonne foi. Mon adversaire po rait et devrait en même temps établir cette antidate frau leuse. Car, ne pouvant invoquer en sa faveur l'antériorité lég du titre, puisque nous supposons que le sien n'a pas acq date certaine, il ne peut repousser mes prétentions qu' prouvant ma fraude et ma mauvaise foi, abstraction faite l'époque où mon titre a acquis date certaine.

41. Nous avons déjà dit que la mauvaise foi ordinaire, c'e à-dire la simple connaissance d'un acte privé antérieur, suffisait pas toujours pour autoriser une exception à l'ap cation de l'article 1328, contre les tiers qui avaient stipulé droits qu'ils savaient avoir été dejà transmis à d'autres leur auteur, si cette mauvaise foi de leur part ne présent les caractères du dol et de la fraude. Cette observation d'une vérité plus sensible, lorsque l'acquisition ou la tra mission des droits, dont se prévaut la partie qui invoque acte antérieur, est soumise à l'accomplissement de certain formalités particulières. Il n'y a même, dans ce cas, aucu distinction à faire entre les actes authentiques et les actes so seing-privé ayant ou non date certaine. La question de pré rence entre les contestants ne se décide point alors par la seu

(1) Cass., 27 mai 1823. Sirey, 23, 1, 279.

ıtriorité du titre, mais bien par la priorité de la saisine qui st ıbordonnée à l'observation des formes prescrites.

s observations s'appliquent particulièrement au transport e :réances. Le cessionnaire n'est, en effet, saisi à l'égard des e que par la signification du transport faite au débiteur ou a son acceptation du transport dans un acte authentique. e tiers intéressés ne peuvent donc prétendre, pour priver essionnaire qui a fait accepter ou signifier la cession, du éfice de la saisine légale, qu'il connaissait au moment du ısport à lui consenti l'existence d'une cession antérieure profit d'un autre. Cette circonstance est insuffisante pour ir celui-ci de la créance, et suppléer à son égard la signi-tion ou l'acceptation de son transport, qui seules peuvent rendre efficace envers les tiers. Jusque-là, le premier sionnaire étant sans droit acquis, la cession est réputée ı avenue à leur égard. Comment, dès lors, pourrait-on tendre que la loi répute de mauvaise foi le second ces-ınaire, par cela seul qu'il a connu d'une manière ou d'une re un acte antérieur de cession qui, n'ayant point reçu perfection légale, est aux yeux de la loi même censé xistant (1)?

epéndant, si la simple connaissance indirectement acquise transport ne constitue point par elle-même le second ces-ınaire en état de mauvaise foi, et ne le fait point déchoir de riorité de sa saisine, ce n'est que tout autant que les faits irconstances de la cause n'établissent point de sa part une ıde caractérisée. S'il y a fraude, dans ce cas les tribunaux vent, pour indemniser les tiers du dommage qu'elle leur serait, le priver du bénéfice de la cession faite en sa eur (2). La simple mauvaise foi, qui est la connaissance,

) TROPLONG, *Vente*, nº 901. — DURANTON, t. 16, nº 499.— ZACHA- t. 2, p. 555, 1re édit., et t. 4, p. 428, 4e édit. — Douai, 11 fév. 5. SIREY, 45, 2, 375.

) ZACHARIÆ, *ibid.* — TROPLONG, *Vente*, nº 900. — Cass., 5 mars 3. SIREY, 38, 1, 630. — 25 janv. 1842. SIREY, 42, 1, 982.

nous paraît ainsi insuffisante (1), et nous exigeons qu'elle [illegible] un caractère marqué de dol et de fraude; ce qui est sub[illegible] donné à l'appréciation des circonstances.

42. Nous devons maintenant indiquer comment et de q[illegible] jour les actes sous seing-privé acquièrent date certaine.

Ils ont date certaine, porte l'article 1328, du jour où ils o[illegible] été enregistrés; du jour de la mort de celui ou de l'un [illegible] ceux qui les ont souscrits; ou du jour où leur substance e[illegible] constatée dans les actes dressés par des officiers publics, te[illegible] que procès-verbaux de scellés ou d'inventaire.

Nous allons présenter quelques observations sur chacun [illegible] ces trois moyens.

Quant à l'enregistrement, point de difficulté. Nous fero[illegible] même remarquer que cette circonstance se confond, sous que[illegible] que rapport, avec la relation dans un acte public de la sub[illegible] tance des actes sous seing-privé.

43. On comprend sans peine comment la mort d'un ou d[illegible] plusieurs des signataires de l'acte lui fait acquérir date ce[illegible] taine. Il est évident que, du jour de son événement, elle ren[illegible] toute antidate impossible.

Il importe peu que le signataire décédé ait figuré dans l'act[illegible] comme partie contractante, ou seulement comme témoin o[illegible] conseil, sans y être personnellement intéressé. La loi, en exi[illegible] geant le décès de celui ou de l'un de ceux qui l'ont souscrit[illegible] ne s'inquiète nullement de la qualité en laquelle ils ont appos[illegible] leur signature. L'antidate est d'ailleurs, dans tous les cas éga[illegible] lement impossible (2).

Il doit en être ainsi même au cas où la signature n'aurai[illegible] été mise par un tiers étranger que comme une sorte de visa, précisément en vue de conférer, le cas échéant, date certaine à l'acte.

(1) *Contrà,* Duvergier, *Vente,* nos 208 et suiv.

(2) Zachariæ, t. 5, p. 680, 1re édit., et t. 8, p. 259, 4e édit. — Cass., 8 mai 1827. Sirey, 27, 1, 453.

La date devient certaine par la mort de l'un des signataires, ›rs même qu'il n'existerait pas sur les registres de l'état civil acte de décès régulier, et qu'il y aurait nécessité, pour tenir un jugement destiné à le suppléer, d'établir le décès moyen de la preuve testimoniale.

44. Il ne faut point assimiler au cas de mort l'amputation membre, agent de l'écriture. On dirait vainement que sa rte rend, aussi bien que la mort qui anéantit la personne, ıte antidate impossible. Il suffit que l'article 1328 n'en parle int. Il est facile d'ailleurs d'expliquer le silence de la loi. fait de l'amputation, une fois établi, peut sans doute démon- er l'impossibilité d'une antidate; mais il n'est point, comme ns le cas de mort, susceptible d'une preuve aussi précise ant à sa date. D'autre part, le signataire prétendu peut, par ite d'un concert frauduleux, s'attribuer et reconnaître comme nne une signature fausse et contrefaite, émanée après coup un tiers étranger. La loi a voulu éviter toutes ces difficultés s'en tenant au seul cas de mort (1).

Plus encore que l'amputation, la simple paralysie est insuf- ante pour conférer à l'acte une date constante. Il est, en effet, oins facile d'en constater avec précision le moment, l'inten- é et les résultats, quant à l'impuissance absolue de la per- nne qui en est atteinte.

45. L'article 1328 ne prévoit que le cas de mort de celui ou l'un de ceux qui ont souscrit l'acte, c'est-à-dire, suivant expressions de l'article 1410, d'un ou de plusieurs des natairesdu dit acte. La mort de celui ou de l'un de ceux qui nt écrit, sans être signataires, ne peut donc lui conférer date rtaine. Car un corps d'écriture est loin de caractériser l'iden- é de la personne, comme le fait une signature, qui, bien 'elle soit exposée elle-même à un désaveu, marque l'écrit n cachet particulier de personnalité propre. Un simple corps

(1) *Contrà*, TOULLIER, t. 8, n° 242.

d'écriture est, au contraire, par lui-même toujours anonyme et, pour en reconnaître l'auteur, il faut employer des moyen de vérification préalable, trop incertains et trop dangereu dans leurs résultats.

46. Lorsque leur substance est constatée dans des acte dressés par des officiers publics, les actes sous seing-priv acquièrent immédiatement date certaine. Ils participent sou ce rapport, par l'effet de cette simple relation, de l'authenticit des actes publics.

Mais il importe de bien se fixer sur le sens que la loi atta che à ces mots, substance constatée. Il ne s'agit point d'abor d'un dépôt qui aurait été fait d'un acte sous seing-privé dan l'étude d'un notaire. Il acquiert, en effet, par ce dépôt, régu lièrement effectué, plus qu'une date certaine; il acquiert l caractère et la force de l'authenticité (1).

Il ne s'agit ici que d'une simple mention, d'une relatio dans un acte public, et la loi en indique elle-même le sens e citant comme exemples les procès-verbaux de scellés ou d'in ventaire. Qu'est-ce donc que constater la substance d'un acte C'est le signaler par la mention de sa nature particulière, d ses clauses principales, de sa date apparente, par l'indicatio des parties contractantes et signataires, enfin par toutes le circonstances propres à le déterminer d'une manière précis et non équivoque.

Cette relation n'est point un résumé de la teneur de l'acte elle en est le signalement par l'indication des faits et circons tances qui le caractérisent et le spécifient. La substance d'u acte privé nous paraît donc suffisamment constatée dans u acte public, suivant le sens qu'attache à ces expressions l'ar ticle 1328, alors même qu'il est simplement signalé par se caractères matériels et l'indication des mots par lesquels i commence et se termine, pourvu que ces mentions ne laissen aucun doute sur son identité.

(1) Voy. art. 1317, n° 40.

ais l'indication de la date seule, sans autres désignations, . le plus souvent insuffisante. En l'absence d'énonciations ; développées, il ne sera guère possible, dans ce cas, à moins irconstances particulières qui les rendent inutiles, de recon- .re si l'acte signalé par sa date seulement est le même que ui que l'on oppose plus tard comme ayant acquis date cer- ıe (1).

Mais la substance d'un acte privé est suffisamment constatée squ'on en énonce l'existence, dans un acte public, par les ications les plus complètes et les plus précises, bien qu'on le signale que comme constituant une simple convention ·bale. Ce subterfuge, employé pour échapper aux droits de ıbre et d'enregistrement, est passé dans la pratique, et bus en est poussé à ce point que l'on n'hésite même plus à ıscrire et à lire de semblables conventions, toujours pré- ıdues verbales. Il faut donc avant tout un acte constatant e convention arrêtée entre les parties, et si l'acte public voqué ne fait que relater des allégations et des prétentions, .te relation ne satisfait point au vœu de la loi, et est ineffi- :e envers les tiers (2).

47. Quant aux actes publics dans lesquels la substance d'un .e privé peut être régulièrement relatée, nous citerons, outre procès-verbaux de scellés et d'inventaire, les actes de taire, d'huissier (3), d'avoué; les jugements et autres actes justice; les contraintes décernées par les receveurs de nregistrement et des domaines (4); les procès-verbaux et ıts de perquisition, de saisie de pièces de conviction dans poursuites et instructions criminelles; les actes émanés ıne administration publique, par exemple, une décision

(1) Cass., 23 nov. 1841. Sirey, 42, 1, 134.
(2) Cass., 22 juin 1858. Sirey, 58, 1, 586.
(3) Cass., 22 nov. 1864. Sirey, 65, 1, 380.
(4) Voy. Cass., 23 nov. 1841. Sirey, 42, 1, 134.

ministérielle portant remise des peines encourues pour (
gistrement tardif (1).

Cependant, si un acte sous seing-privé était relaté, co
simple convention verbale, dans une requête en défense s
fiée d'avoué à avoué, cette relation dans un pareil acte s
insuffisante pour lui faire acquérir date certaine. De ser
bles mentions, par la nature particulière de l'acte où elles
consignées, et les circonstances dans lesquelles elles ont
ne constituent que de simples allégations, sans aucun c
tère suffisant de certitude (2).

48. Lorsque les scellés ont été apposés, il semble tout
rel d'attribuer à l'acte privé qui a été mis et trouvé sou
scellés date certaine, non pas seulement du jour où il
mentionné dans le procès-verbal de levée, mais rétroac
ment du jour où il a été placé sous les scellés, bien qu
moment sa substance n'ait pas été relatée dans le procès-v
d'apposition. Car il est évident que, de ce moment-là, i
pas été susceptible d'une confection frauduleusement
datée. Cependant, l'article 1328 est formel; l'apposition
scellés ne suffit pas; il faut la relation de la substance de l
privé dans le procès-verbal.

Nous ferons encore une autre observation, commune
procès-verbaux de scellés et d'inventaire. Le plus sou
ils durent plusieurs jours, et même les heures de vacati
sont indiquées. Dans ce cas, les actes sous seing-privé ac
rent date certaine, non point simultanément du jour c
clôture définitive du procès-verbal, mais successivemen
fur et à mesure que leur substance y est relatée, et sui
l'ordre des dates particulières attribuées à chacune des pa
du procès-verbal où cette relation se rencontre.

(1) Riom, 24 janv. 1842. Sirey, 42, 2, 67.
(2) Grenoble, 26 avril 1849. Sirey, 50, 2, 271. — Rouen, 24
1852. Sirey, 52, 2, 535.

49. L'article 1328 ne s'occupe que du cas où la substance un acte privé est constatée dans un acte public. Supposons 'elle soit relatée dans un autre acte sous seing-privé, et que dernier acte ait acquis lui-même date certaine par l'enregistrement, la mort de l'un des signataires ou la relation de sa bstance dans un acte public. Le premier acte aura-t-il acquis, r contre-coup, également date certaine? Nous le croyons, rce qu'il est impossible de le séparer du second, et que si lui-ci a acquis date certaine, il communique nécessairement l'autre qu'il relate cette même certitude de date qui existe contestablement pour lui. Il en fait foi également à sa date opre.

50. Quoi qu'il en soit, ces trois circonstances, enregistreent, mort de l'un des signataires, relation de la substance l'acte privé dans un acte public, sont les seules au moyen esquelles un acte sous seing-privé puisse acquérir date certine. Les expressions mêmes de l'article 1328 établissent que s dispositions sont limitatives et non simplement démonsatives. En excluant ainsi toute autre circonstance comme opre à conférer aux actes sous seing-privé une date certaine, législateur a enlevé au juge un pouvoir arbitraire, dont exercice eût été incompatible avec les principes de certitude de fixité qu'il a entendu consacrer (1).

Les cas de maladie (2), d'éloignement (3), d'absence même diciairement constatée (4), de séquestration et d'emprisonement de l'un des signataires; l'emploi d'un papier timbré ors d'usage, l'apposition du timbre de la poste (5), ou du

(1) Zachariæ, t. 5, p. 680, 1re édit., et t. 8, p. 260, 4e édit. — ıranton, t. 13, n° 131. — Favard, Rép., vis *Acte sous seing-privé*, ct. 1, § 4, n° 7. — Bonnier, n° 573. — Marcadé, art 1328, n° 4. — ıss., 27 mai 1823. Sirey, 23, 1, 297.
(2) *Contrà*, Toullier, t. 8, n° 242 et 243.
(3) *Contrà*, Toullier, t. 8, n° 242.
(4) Zachariæ, *ibid.* — *Contrà*, Toullier, *ibid.*
(5) Zachariæ, *ibid.*

sceau de toute autre administration publique, sont, en cons
quence, absolument inefficaces pour attribuer une date ce
taine aux actes sous seing-privé.

51. On ne saurait non plus, au moyen de la preuve test
moniale ou de simples présomptions, prouver contre les tie
la sincérité de la date d'un acte sous seing-privé, ou l'époq
à laquelle aurait été faite la convention ou disposition qu
renferme, si cet acte n'a point acquis date certaine par l'u
des circonstances indiquées par l'article 1328 (1).

Il est même indifférent que cette offre de preuve s
appuyée de la mise en possession, par exemple, de l'acquére
ou du preneur qui se prévaut d'un titre sans date certaine,
l'encontre de tiers qui invoquent, au contraire, des actes do
la date est constante (2).

Mais si cette offre de preuve, quant à la sincérité de la da
de l'acte, ou quant à l'époque à laquelle la convention aur
été réellement passée, se fondait sur un commencement
preuve écrite qui eût lui-même acquis date certaine par l'
des moyens indiqués à l'article 1328, nous croyons qu'alo
elle serait recevable. On rentre, en effet, dans ce cas, en
qui touche la certitude de la date, dans les termes mêmes
notre article; et si l'écrit produit, par exemple, un acte
vente non fait double, ne fait pas par lui-même preuve co
plète et n'établit qu'un commencement de preuve écrite, il n'
est pas moins vrai, d'une part, qu'il n'y a point d'antida
frauduleuse à craindre, et, d'autre part, que la preuve pe
être complétée par tous moyens de droit. L'article 1328 no

(1) Zachariæ, t. 5, p. 681, 1re édit., et t. 8, p. 261, 4e édit.
Cass., 27 mai 1823. Sirey, 23, 1, 297. — Toulouse, 7 juill. 18
Sirey, 32, 2, 646. — Grenoble, 9 mai 1833. Sirey, 33, 2, 506.
Douai, 11 août 1837. Sirey, 38, 2, 106. — Rouen, 22 juin 18
Sirey, 73, 2, 209.

(2) Zachariæ, *ibid.* — Nîmes, 27 mai 1840. Sirey, 40, 2, 495.
Douai, 11 août 1837. Sirey, 38, 2, 106.

ıraît donc s'appliquer aussi bien à l'écrit privé qui ne fait ı'un commencement de preuve, qu'à l'écrit qui en fournit ıe pleine et entière, sauf, dans le premier cas, à la compléer régulièrement.

52. Remarquons, au surplus, que l'article 1328 est inappliıble aux matières de commerce. Les juges ont, en conséıence, le pouvoir de s'assurer, même à l'égard des tiers, que . date des actes privés, constatant des conventions ou opéraons commerciales, est réelle et sincère, bien qu'elle ne soit evenue certaine par aucuns des moyens ordinaires. Ils peuent alors se décider par les faits et circonstances de la cause t par de simples présomptions. Ce point est aujourd'hui fixé n doctrine et en jurisprudence (1).

Par application du même principe, la Cour de cassation (2) même décidé que la preuve qu'un jugement par défaut rendu n matière commerciale avait été exécuté et n'était point, par onséquent, tombé en péremption, pouvait être administrée, ıême à l'égard des tiers, par tous les moyens que la loi comıerciale autorise, tels que déclarations de témoins et livres e commerce.

53. Il peut arriver, et nous en avons vu divers exemples, ue deux ou plusieurs actes émanés du même auteur, au profit e personnes différentes, acquièrent ou ont date certaine du ıême jour, alors qu'ils ont pour effet de contredire, annuler, əstreindre ou modifier dans leur exercice les droits qu'ils ansmettent ou constituent en faveur de ceux qui les invoıent respectivement. Ce concours d'actes, à la même date, a

(1) TOULLIER, t. 8, n° 244. — PARDESSUS, *Droit commercial*, t. 2, ° 246. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 681, 1re édit., et t. 8, p. 262, 4e édit. - Cass., 4 fév. 1819. SIREY, 19, 1, 384. — 28 janv. 1834. SIREY, 35, , 206. — 17 juill. 1837. SIREY, 37, 1, 1022. — 7 mars 1849. SIREY, 49, , 397. — 2 juin 1863. SIREY, 63, 1, 335. — Douai, 19 février 1866. IREY, 66, 2, 83.

(2) 10 juillet 1866. SIREY, 66, 1, 380. — Amiens 3 juillet 1868. IREY, 68, 2, 341.

lieu soit qu'il s'agisse d'actes publics ou d'actes sous sein privé ayant acquis date certaine.

Tel est le cas où deux personnes ont acquis le même jo la même chose, du même propriétaire, soit qu'il ait ven chaque fois en personne, ou que les ventes aient été conse ties d'un côté par lui et de l'autre par un mandataire, ou p deux mandataires différents. Tel est encore celui où, le mêr jour, la même personne vend à l'un une chose et confère d'autres sur la même chose une servitude, un bail, une hyp thèque ou tout autre droit réel.

Si les actes indiquent d'une manière précise l'heure laquelle chacun d'eux a été passé ou a acquis date certain s'ils marquent une différence appréciable dans leur temps, p exemple, en énonçant que l'un a été passé le matin et l'aut le soir, dans ce cas la préférence est due à l'antériorité de date exprimée, à moins que la partie à qui on l'oppose n'ét blisse qu'il y a eu dol, fraude ou même faux.

Si l'article 2147 dispose que tous les créanciers inscrits même jour exercent en concurrence une hypothèque de même date, sans distinction entre l'inscription du matin celle du soir, quand même cette différence serait marquée p le conservateur, cette disposition tout exceptionnelle ne saura être appliquée hors du cas pour lequel elle a été spécialemen édictée. D'ailleurs, il n'est pas possible, dans les hypothès que nous posons, d'admettre en concurrence les divers pr tendants-droit, comme on admet les simples créanciers qui n font que se distribuer contributoirement le gage commun d leurs créances. Il y a donc nécessité d'attribuer à l'un d'eu une préférence sur l'autre, et toute la difficulté consiste déterminer celui auquel cette préférence doit être accordée les actes n'indiquant aucune différence d'heure ou de temp dans la même journée.

Indépendamment de toute articulation de mauvaise foi, d dol, de fraude ou de faux, dont la preuve est toujonrs à l charge de celui qui les allègue, toute partie sera recevable

ir par la preuve testimoniale ou à l'aide de simples pré-
tions l'antériorité du titre qu'elle invoque. Ce n'est pas,
ffet, qu'une semblable prétention ait pour objet et pour
ltat d'attribuer à un acte une date certaine, à un moment
conque, par un moyen autre que ceux qui sont admis
l'article 1328. Sans toucher autrement à la certitude res-
ive des dates qui reste entière, il s'agit uniquement de
rminer, dans le cercle d'heures où elles sont fixées, l'an-
prité de l'une sur l'autre. Or, cette détermination en don-
t à l'une d'elles plus de précision, n'altère en rien la
itude de l'autre, puisqu'elle demeure toujours fixée, sauf
ertitude de l'heure, au jour indiqué (1).

a nature des droits transmis ou acquis aux tiers porteurs
différents actes est absolument indifférente pour la solu-
de la question, et il importe peu qu'il s'agisse de droits
atiques ou différents, comme de la vente de la même chose
seulement d'une vente faite à l'une des parties, et d'un bail
d'une servitude consentie à l'autre, quant à la même chose.

is avant d'entrer dans quelques détails, nous croyons devoir
er un coup d'œil sur une espèce qui a été soumise à la Cour
cassation.

Le 22 décembre 1806, Ducros donne à Fabrit deux fonds
terre à titre d'antichrèse. Le 2 septembre 1811, les héri-
rs Fabrit cèdent et transportent la créance, avec le béné-
e de l'antichrèse, à Simon Thomas. Dans cet acte de cession
créance est évaluée à huit cents francs.

Le 10 décembre 1811, Ducros vend à Tort les fonds remis
r lui en antichrèse. Par cet acte de vente la créance Fabrit
t évaluée à sept cent vingt-deux francs, et Tort, acquéreur,
t chargé de l'acquitter.

Enfin, le 4 juillet 1817, Ducros déclare approuver la cession
e 1811, consentie à Simon Thomas, et se reconnaît débiteur
e la somme totale de douze cents francs.

(1) Voy. art. 1319, n° 13.

Ces actes de 1811 et 1817 étaient sous signatures priv s. Ils ne furent enregistrés, savoir : la vente du 10 décem e 1811, que le 23 décembre 1824, et le règlement du 4 ju t 1817, que le 22 juin 1842.

Mais Ducros était mort avant ce double enregistrement e 18 octobre 1823. Dès lors son décès avait donné date certa e aux actes antérieurs qu'il avait souscrits.

Dans ces circonstances, les héritiers de Tort, acquére , voulant dégager les immeubles, offrent aux héritiers de Sin Thomas, cessionnaire, la somme de sept cent vingt-deux fra s réglée par la vente de 1811. Ceux-ci refusent ces offres com insuffisantes; ils prétendent qu'elles doivent être des do cents francs réglés par l'acte de 1817; et la cour de Nîmes déclare, en effet, insuffisantes, par le motif que l'acte du 4 j let 1817 a acquis date certaine par le décès de Ducros, 18 octobre 1823, quoiqu'il n'ait été enregistré qu'en 18 tandis que la vente du 10 décembre 1811 n'a acquis date c taine que le 23 décembre 1824, jour de son enregistreme En conséquence, elle décide que l'acquéreur est tenu de r pecter les engagements pris antérieurement par son vende et les droits conférés par lui à des tiers avant son aliénati

Il y avait là une contradiction palpable; car il était évid que les deux actes avaient également acquis date certaine même instant, à partir du décès de Ducros, et que l'antério de date ne pouvait se fixer par la comparaison du jour décès avec la date de l'enregistrement de l'un ou de l'aut titre. Cet arrêt devait être cassé, et il le fut (1).

Mais la Cour de cassation ne dit point dans son arrêt quel est l'issue par laquelle les juges doivent sortir de l'impasse ils semblent renfermés? Nous allons l'indiquer.

Cette question de préférence bien plus que d'antériorité date doit se résoudre par les principes relatifs à la preu des obligations; et voici comment : Celui qui réclame un dro

(1) Cass., 11 janv 1847. SIREY, 47, 1, 349.

enu de le prouver; à défaut de preuve, il succombe dans rétention. Or, dans ce concours d'actes qui sont en con-iction et en opposition les uns par rapport aux autres, demandeur qui n'est point en possession du droit qu'il end faire reconnaître en sa faveur, est dans l'impuissance administrer la preuve, puisque cette preuve est subor-née à celle de l'antériorité de son titre, et que la simulta-é de dates également certaines exclut jusqu'à l'idée d'une ériorité possible. Sa demande doit être repoussée, comme on titre avait une date postérieure ; car c'est la même chose r lui d'avoir un acte ayant date postérieure expressément, d'en invoquer un qui n'a pas de date certaine antérieure. s l'un comme dans l'autre cas, et par les mêmes motifs, juges n'ont qu'à décider que la demande n'est pas justifiée. demandeur perd donc son procès à défaut de preuve, et le endeur qui est en possession le gagne, non pas parce qu'il blit son droit, mais parce que son adversaire ne prouve le sien, *vincit per non jus actoris.*

Ce n'est là, en définitive, qu'un de ces cas si nombreux qui ntrent combien la possession est importante dans l'exercice actions, et qui établissent la vérité pratique de cet axiome, *pari causâ melior est conditio possidentis;* dans une cause, le d'ailleurs de part et d'autre, la condition du possesseur préférable. Nous y voyons encore la preuve du soin avec uel les juges doivent déterminer les rôles de demandeur de défendeur, puisque la charge de la preuve et le succès la cause en dépendent. A ce sujet, nous observerons qu'ils s ont souvent paru ne pas y attacher une importance suf-nte. Plus d'une fois nous les avons vus, au lieu de s'en ir résolument à ces principes élémentaires qui ont le rême avantage de sauvegarder leur respònsabilité, se sser entraîner, par des considérations d'équité prétendue, 'appréciation arbitraire de faits et de circonstances dont caractère équivoque ne fait naître que le doute, et tend à nfondre, par l'incertitude des résultats, toutes les notions droit et de justice.

54. Faisons maintenant l'application de ce principe à l'e
pèce que nous venons de rappeler. Les héritiers Thoma
cessionnaires des droits de Fabrit, créancier antichrésist
n'avaient, en leur qualité de possesseurs et de défendeurs, qu
attendre le résultat de la preuve qui était à la charge
Tort, demandeur. Ce dernier devait, en cette qualité, prouv
l'antériorité de son titre, c'est-à-dire de la vente portant
date du 10 décembre 1811, sur le règlement du 4 juillet 181
Or, ces deux actes ayant acquis simultanément, par le mêm
fait, par la mort de Ducros, l'un des souscripteurs, date ce
taine le 18 octobre 1823, il était impossible de prouver l'a
tériorité de l'un de ces actes sur l'autre; et, à défaut de cet
preuve, Tort ne pouvant dégager les immeubles antichrés
qu'en offrant le montant du règlement de 1817, devait forc
ment être débouté de sa demande.

Pareillement, si deux acquéreurs, deux fermiers de la mêm
chose produisent deux actes ayant acquis date certaine
même temps, par le décès de l'un des souscripteurs, celui
aura la préférence qui sera en possession, et contre lequel
demandeur ne pourra établir l'antériorité de son titre (1).

Mais le même principe doit-il servir à résoudre cette que
tion? Le mandataire vend un héritage à l'un, le mandant
vend à un autre, le même jour, par un acte également authe
tique, ou bien ces deux actes de vente, s'ils sont sous sein
privé, acquièrent date certaine du même jour, soit par le
relation dans un acte authentique, soit par leur enregistr
ment. Les deux acquéreurs sont également de bonne foi,
les actes valables à leur égard (2008-2009). Lequel des de
sera préféré? Sans distinguer entre celui qui a acquis
mandant et celui qui a traité avec le mandataire, ce sera cel
qui, suivant son droit, aura établi par tous moyens légaux
preuve l'antériorité de son titre. Dans ce cas, en effet, à
différence de celui où les actes n'acquièrent date certaine q

(1) Douai, 3 août 1870. SIREY, 70, 2, 273.

r le décès du signataire commun, il y a une antériorité]galement possible de l'un des actes sur l'autre, et il ne reste]ıs qu'à l'établir.

Mais si cette antériorité n'est pas prouvée et qu'il y ait ute, ce sera le défendeur qui devra être préféré, parce que demandeur, qui n'est pas en possession, ne peut avoir de oits qu'en établissant l'antériorité de son titre, dont nous pposons qu'il n'administre point la preuve.

La question étant ramenée à ces termes, on voit que le point fait n'est pas sans influence ; et, nous le répétons, les juges uvent toujours l'apprécier pour y trouver la preuve d'une tériorité, lorsqu'elle est possible et saisissable (1).

55. Que si aucune des parties n'avait été mise en possession qu'elle n'établît point l'antériorité du titre invoqué par e, la préférence serait due à celle qui la première aurait mandé au promettant la délivrance de la chose ou l'exécun du contrat. Car celui-ci, régulièrement obligé, devait livrer médiatement la chose au stipulant qui en poursuivait la ıdition. Autrement, il serait maître de déterminer, à son oix, une cause de préférence en faveur de l'un et au préjuce de l'autre, en refusant de livrer la chose, malgré la mande régulière formée par l'un des stipulants, pour en ire, au contraire, la tradition à l'autre.

A défaut de demande en délivrance, la préférence devrait régler par la priorité de la demande de séquestre formée ır l'un des stipulants. Ce dépôt judiciaire équivaut, en effet, ıns son intention, à l'égard de celui qui le provoque, à une emande de mise en possession, soit que celui qui le demande oive, aux termes de son titre, recevoir immédiatement délirance de la chose, ou n'en prendre possession que dans un élai déterminé, alors même que l'autre stipulant, qui est esté inactif, doive être mis tout de suite en possession.

(1) Voy. art. 1138, n° 51. — TROPLONG, *Transcript.* n°s 192 et suiv.

L'autre partie prendrait même vainement possession de chose, après que son adversaire a demandé la délivrance provoqué le séquestre. Elle ne pourrait l'invoquer comme f dement d'une cause de préférence en sa faveur, en sa qual de défenderesse, au préjudice de l'autre stipulant qui a p l'initiative d'une demande de délivrance ou de séquestre. possession dont elle entend alors se prévaloir n'est qu'un f matériel, sans caractère juridique, sans portée légale. Autr ment, elle servirait, comme moyen de collusion et de fraud à consacrer les plus flagrantes injustices.

Que si l'on nous objecte qu'en subordonnant ainsi les que tions de préférence à la priorité des poursuites, nous en f sons en quelque sorte un prix de vitesse, il nous suffira répondre qu'il n'est nullement extraordinaire, en droit, que l diligences d'un créancier soient pour lui une cause de préf rence. En y regardant même de près, il est facile de se co vaincre que ce principe, surtout en ce qui touche le payeme des obligations, est la plus ferme garantie de l'exécution de contrats.

56. Cependant, s'il s'agissait d'une somme d'argent su laquelle des droits fussent conférés et acquis à diverses pe sonnes, par actes passés à la même date, il n'y aurait poin exclusion des autres par l'un des ayants-droit. Tous vien draient en concurrence, contributoirement, dans la proportio de leurs droits.

Tel est le cas où plusieurs cessionnaires ont fait signifie ou accepter leurs cessions respectives le même jour, sans indi cation des heures, ou bien celui où une saisie-arrêt a ét faite le jour même de l'acceptation ou de la signification d'un cession, sans que les actes marquent aucune différence dans les heures (1). C'est qu'alors les droits respectivement acquis

(1) Duranton, t. 16, nº 503. — Troplong, *Vente,* nºs 903 et 928. — Zachariæ, t. 2, p. 554, 1re édit., et t. 4, p. 430, 4e édit. — Bruxelles, 30 janv. 1808. Sirey, 7, 2, 1253.

…ansmis ne s'excluent pas nécessairement, et qu'ils peu-…e concourir.

…u reste, nous ne voyons pas pourquoi celui qui prétend que …o acte est antérieur ne serait pas admis à en établir l'anté-…ité, à l'aide de témoins ou de présomptions (1), puisqu'il …e orne à en fixer, dans les termes de sa date, le moment …table avec plus de précision.

…7. Certains actes de procédure peuvent également avoir … accomplis le même jour, sans qu'ils marquent, par l'indi-…on des heures, aucune antériorité de l'un sur l'autre. Par …mple, un avoué forme une demande en péremption, et, le …me jour, l'avoué adverse fait un acte interruptif. La …emption est acquise ou non, suivant que la demande est …érieure ou postérieure à cet acte. Ce sera donc à l'avoué …nandeur en péremption auquel on l'oppose, à établir que … lemande a été formée la première. En se prévalant de l'acte … procédure qu'il a accompli, l'avoué adverse ne propose …s, en effet, une exception proprement dite qu'il doive per-…nellement justifier, par la raison que la péremption n'a pas …u de plein droit. C'est, en conséquence, à celui qui la …mande à prouver que le bénéfice lui en est acquis. Mais il …ut établir l'antériorité de sa demande même au moyen d'en-…ête (2).

Article 1329.

Les registres des marchands ne font point, contre …s personnes non marchandes, preuve des fournitures qui y …nt portées, sauf ce qui sera dit à l'égard du serment.

Article 1330.

Les livres des marchands font preuve contre eux; mais

(1) *Contrà*, Zachariæ, *ibid.*
(2) Toullier, t. 9, nº 223. — Cass., 15 juill. 1818. Sirey, 19, 1, 25.

celui qui veut en tirer avantage ne peut les diviser en ce qu contiennent de contraire à sa prétention.

Sommaire.

1. On ne peut se faire un titre à soi-même.
2. Exception en faveur des livres de commerce.
3. Ils font preuve entre commerçants pour faits de commerce,
4. Pourvu qu'ils soient régulièrement tenus.
5. Le livre journal est le livre essentiel. Utilité des livres au liaires.
6. Distinction entre les commerçants et non commerçants.
7. Le fait doit être du commerce respectif des contractants.
8. Résumé des trois conditions exigées.
9. Le juge a la faculté d'admettre ou non comme faisant preu les livres de commerce.
10. Les livres irrégulièrement tenus ne font pas foi.
11. De leur production en justice.
12. Article 1329. Il autorise la délation du serment supplétif marchand,
13. Mais seulement en ce qui concerne les fournitures faites,
14. Et pourvu que les livres soient régulièrement tenus.
15. Distinction, quant à la nécessité du serment supplétif.
16. Les livres de commerce ne forment point un commencement preuve écrite en faveur du marchand demandeur.
17. Du cas où le défendeur offre d'ajouter foi aux registres.
18. Les registres des marchands font preuve contre eux,
19. Sauf preuve contraire.
20. La foi qui leur est due est indivisible.
21. Des arrêtés de compte sur les livres de commerce.

COMMENTAIRE.

1. C'est un principe que nous aurons à développer sous l articles suivants, qu'on ne doit point ajouter foi à l'écritur par laquelle on prétend se donner un tiers pour débiteur, e se faisant un titre à soi-même; *exemplo perniciosum est ut e scripturæ credatur quâ unusquisque sibi debitorem constituit* (1

2. La loi admet cependant une exception en faveur des livre

(1) L. 7, C. *De probat.*

de commerce, mais en la soumettant à de certaines conditions qui nous expliquerons plus loin. Nous devons, en effet, commencer par indiquer ce qui concerne la tenue de ces livres; et si nous trouvons dans le Code civil les principes relatifs à la foi qui leur est due, c'est au Code de commerce que nous devons recourir, quant à l'obligation et à la tenue de ces sortes d'écritures. Voici ses dispositions :

Art. 8. « Tout commerçant est tenu d'avoir un livre journal qui présente, jour par jour, ses dettes actives et passives, les opérations de son commerce, ses négociations, acceptations ou endossements d'effets, et généralement tout ce qu'il reçoit et paye, à quelque titre que ce soit, et qui énonce, mois par mois, les sommes employées à la dépense de sa maison, le tout indépendamment des autres livres usités dans le commerce, mais qui ne sont pas indispensables.

» Il est tenu de mettre en liasse les lettres missives qu'il reçoit, et de copier sur un registre celles qu'il envoie. »

Art. 9. « Il est tenu de faire, tous les ans, sous seing-privé, un inventaire de ses effets mobiliers et immobiliers, et de ses dettes actives et passives, et de le copier, année par année, sur un registre spécial à ce destiné. »

Art. 10. « Le livre journal et le livre des inventaires seront paraphés et visités une fois par année.

» Le livre de copies de lettres ne sera pas soumis à cette formalité.

» Tous seront tenus par ordre de dates, sans blancs, lacunes, ni transports en marge. »

Art. 11. « Les livres dont la tenue est ordonnée par les articles 8 et 9 ci-dessus, seront cotés, paraphés et visés, soit par un des juges des tribuaux de commerce, soit par le maire ou un adjoint, dans la forme ordinaire et sans frais.

» Les commerçants seront tenus de conserver ces livres pendant dix ans. »

Ces dispositions ne font que reproduire les articles 1, 2, 3, 4, 5, 7 et 8, titre 3, de l'ordonnance du mois de mars 1673.

L'article 8, C. comm., parle d'autres livres usités dans commerce, mais qui ne sont pas indispensables. Quels so ces livres? Il y a d'abord le grand-livre, ou livre de compt qui se tient, non point par ordre de dates, mais par articl de marchandises qui ont fait le sujet des opérations, ou p indication des personnes avec lesquelles des opérations ont lieu. Ce livre de compte est divisé en deux parties, l'un débit et l'autre de crédit, *doit* et *avoir*. D'un côté on porte débit les ventes faites, les billets, lettres de change et valeu fournies à la personne que l'article du livre concerne; et l'autre on porte en crédit les payements faits et les valeu fournies par cette même personne. Ce livre contient, en mot, autant de comptes individuels et séparés qu'il y a de pe sonnes avec lesquelles le marchand ou commerçant est relation d'affaires. La balance ou solde de chacun de c comptes établit sa situation passive ou active à leur égar suivant qu'il est débiteur ou créancier, c'est-à-dire suiva que les articles portés au crédit sont supérieurs ou inférieu à ceux portés au débit.

Il y a encore le livre de caisse où le commerçant mentionn d'un côté l'argent qu'il reçoit et de l'autre celui qu'il paye. C registre constate le mouvement des fonds à leur entrée et leur sortie en caisse.

Chaque commerçant peut tenir, en outre, pour la comm dité de sa gestion et dans la forme qui lui paraît la plus co venable, d'autres livres et registres, tels que répertoires, état de marchandises et comptes de matière, livres des profits e pertes, carnet d'échéances.

Mais ces trois livres, livre journal, grand-livre et livre d caisse, indépendamment du livre de copies de lettres, du regis tre des inventaires et de la liasse des lettres missives reçues ces trois livres suffisent généralement pour qu'un marchan ou commerçant puisse se rendre compte du mouvement de se opérations et de la situation de ses affaires.

Cependant, si son commerce a une grande extension, u

d eloppement considérable, il sera, s'il veut connaître sa p ition exacte à un moment donné, toujours dans la nécessi de se livrer à un long travail de recherches pour réunir le éléments épars et disséminés dans ses livres, dont le r ımé seul peut établir sa véritable et réelle situation. Les b oins d'une comptabilité sinon plus exacte dans ses résult , du moins plus précise dans sa conclusion, ont donc fait i roduire, surtout dans la banque, la tenue des livres en p tie double. Un contrôle mutuel des opérations, un tableau s optique des affaires, une balance quotidienne des comptes, u expression arithmétique de la situation, une comptabilité c stamment à jour; tels sont les inappréciables avantages de c te méthode, aujourd'hui vulgarisée dans le commerce. P elle, en effet, chaque opération est saisie à son origine, i nédiatement classée à son ordre et définie dans ses résult s, pour ainsi dire sous la dictée même du fait; de telle sorte q les comptes ainsi établis peuvent être tous les jours comp és, balancés, soldés, et que chaque compte particulier p ıt être à tout instant jugé dans son ensemble et dans chacun d ses articles.

)u reste, nous le répétons, le livre journal est le livre e entiel, indispensable, au point de vue où nous l'apprécions i c'est-à-dire sous le rapport de la force probante des livres e registres de commerce.

3. Les livres de commerce régulièrement tenus peuvent e admis par le juge pour faire preuve entre commerçants ur faits de commerce (12, C. comm.). Peu importe, d'aill ırs, qu'ils soient écrits de la main du commerçant ou de lle d'un tiers, commis, employé ou autre (1).

Cette disposition pose ainsi une triple distinction. Les livres nt-ils ou non régulièrement tenus? Le débat est-il engagé tre commerçants ou non commerçants? S'agit-il ou non de

(1) DURANTON, t. 13, n° 198.

faits de commerce? Examinons chacun de ces points parti liers. Mais indiquons d'abord sur quelles considérations fondée la loi due aux livres de commerce régulièrement ten

Comme exception aux règles ordinaires du droit, les d positions de l'article 12, C. comm., se justifient par la natu des relations que le commerce établit entre les personnes q le pratiquent. On ne comprend guère, en effet, comment l marchands et commerçants pourraient être astreints à régl entre eux toutes leurs transactions et opérations comme ciales par des actes particuliers revêtus de leurs signatur privées. L'activité et le mouvement du commerce ne se pr tent pas, ou du moins ne se prêtent que très difficilement de semblables complications. D'autre part, comme la l impose à chaque commerçant l'obligation de tenir certai livres et registres avec une régularité dont elle détermine ell même les conditions, celui qui fait avec lui un acte de con merce, s'il ne prend la précaution de constater d'une maniè spéciale son opération, est censé lui donner mandat de l'ét blir lui-même sur ses livres et registres personnels, à la seu condition qu'ils seront tenus régulièrement et conformémei à la loi. Ajoutons que les deux parties devant respectivemei tenir des livres de commerce, il s'établit entre eux un coı trôle mutuel de leurs constatations.

4. Mais il faut qu'ils soient régulièremeut tenus, suivaı les prescriptions des articles 8, 10 et 11, C. comm. Leur régı larité est la condition essentielle de la foi qui leur est due.

Et ici il ne s'agit pas d'une régularité relative, mais bie d'une régularité absolue. Il ne suffirait pas que les livres fu sent régulièrement tenus en ce qui concerne les articles e débat, relativement à la personne avec laquelle se meut l contestation. Il faut que les registres, dans tout leur contenı quelles que soient la différence d'articles et la diversité d personnes, remplissent toutes les conditions prescrites d régularité. Quelquefois même une simple régularité relati

es à raison de son caractère exceptionnel, de nature à exci-te de légitimes soupçons d'une confection frauduleuse pour le esoin de la cause.

importerait peu, cependant, que les registres antérieurs ou même les registres en cours d'exercice fussent irrégulière ent tenus, quant aux articles qui précèdent ceux en conte ation, si, à partir de ceux-ci, ils sont tenus avec l'exacti-ti e et la régularité que la loi exige. Réciproquement, cette r ularité et cette exactitude postérieures et tardives ne cou-v aient pas le vice d'irrégularité, en ce qui concerne les a cles précédents. Car il convient de n'apprécier les livres e egistres que dans la partie où sont relatés avec d'autres l divers éléments du débat. Ce n'est pas, toutefois, que les t unaux ne puissent tirer argument, contre leur force pro-b ite, des inexactitudes et irrégularités qui peuvent exister d ns les parties qui précèdent ou dans celles qui suivent. M is elles ne fournissent qu'un argument de fait, de la nature d s simples présomptions dont l'appréciation leur appartient s iverainement. Que si, au contraire, les registres étaient i égulièrement tenus dans la partie même où sont relatés les a icles en contestation, il en résulterait un argument de d oit, une présomption légale qui s'opposerait à ce que le j ge les admît, sans le concours d'autres circonstances, comme f sant preuve des faits qu'ils énoncent.

5. Le livre journal est, à proprement parler, le seul qui sse foi en justice. C'est à lui surtout que s'appliquent les spositions relatives à la tenue des livres de commerce. Le re des copies de lettres a sans doute son importance ; mais le n'est que secondaire, et il ne sert, le plus souvent, qu'à soudre des difficultés accessoires, par exemple, celles qui élèvent sur la conclusion d'un marché, ses clauses et condi-ons particulières. Il importe alors de consulter la corres-ondance, et d'y puiser les éléments nécessaires pour fixer le ge sur les circonstances et les détails de l'opération.

Mais si le registre des copies de lettres peut être utilem employé pour compléter, expliquer, développer les diver énonciations du livre journal, il ne saurait être invoqué po le suppléer à l'égard d'un fait qui y serait omis, et dont preuve n'existerait que dans la correspondance des parti

A plus forte raison, les livres simplement auxiliaires soi ils insuffisants pour combler les lacunes, suppléer les om sions, couvrir les irrégularités du livre journal (1). Vaineme la partie qui les invoque demanderait à les produire. Les jug pourraient, sans s'arrêter aux présomptions de fait qui résultent, rejeter cette offre de production, dont le premi résultat serait d'établir l'irrégularité et l'inexactitude du liv essentiel et indispensable. Mais s'ils étaient, au contrair invoqués à l'appui de ses énonciations, comme en contenai l'explication et le développement, ils ne feraient alors qu'a jouter à sa force probante.

6. Si les livres de commerce, régulièrement tenus, peuver être admis par le juge comme faisant preuve des faits qu'il énoncent, foi ne leur est pas due indistinctement à l'égard d toutes personnes. Il faut distinguer entre celles qui sont mar chandes et celles qui ne le sont pas. Cette distinction ressoi des termes de l'article 12, C. comm., et de ceux de l'articl 1329, C. civ. Le premier ne parle, en effet, que des com merçants, tandis que le second dispose que les registres d marchands ne font point, contre les personnes non marchan des, preuve des fournitures qui y sont portées. A l'égard d ces dernières, on rentre donc sous l'empire du principe géné ral que nul ne peut, par sa propre écriture, se faire un titr à soi-même. Il n'existe pour elles aucunes des considération qui ont fait attribuer aux registres des commerçants force d preuve entre personnes exerçant le commerce. Le marchan qui traite avec elles doit en conséquence, pour la constatatior

(1) Toullier, t. 8, n° 366, 387. — Pardessus, *Droit commercial*, t. 1, n° 260.

de ses fournitures et autres opérations, se conformer aux règles du droit commun relatives à la preuve des contrats.

Il faut entendre ici par personnes non marchandes celles qui ne font point de l'exercice du commerce leur profession habituelle, suivant la définition qu'en donne l'article 1, C. comm. Les livres des commerçants ne font point, dès lors, preuve contre les personnes non marchandes, soit que leurs énonciations se rapportent à une convention purement civile, ou qu'elles relatent une opération également commerciale de la part de celui qui n'est point réputé commerçant (1). Réciproquement, les livres du non commerçant n'ont d'autre valeur, à l'égard des personnes marchandes, que celle que la loi attribue aux livres et papiers domestiques, alors même que l'opération qu'ils constatent est commerciale de part et d'autre. La qualité des personnes domine ainsi la nature propre de l'opération; et, nonobstant le caractère commercial de l'acte, s'il n'est intervenu entre commerçants, il n'y a point lieu à l'exception dont nous apprécions la portée.

Il suffit que la personne qui traite avec un commerçant soit non marchande elle-même au moment où elle contracte, pour que l'article 12, C. comm., cesse d'être applicable. Il importe peu qu'antérieurement elle ait exercé le commerce, si elle a cessé de l'exercer, et que même elle ait contracté à une époque où la cessation de son commerce et son changement de profession n'étaient pas encore généralement connus du public.

7. Mais il ne suffit pas d'être commerçant; il faut encore qu'il s'agisse de faits de commerce. Or, suffira-t-il, pour l'application de l'article 12, C. comm., que l'acte constitue un fait de commerce personnel à l'une des parties? Faut-il, au contraire, qu'il constitue un fait de commerce réciproque, commun aux deux contractants? Nous n'hésitons point à nous prononcer dans ce dernier sens.

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 681, 1re édit., et t. 8, p. 269, 4e édit.

Les expressions de l'article 12, C. comm., ne peuvent, effet, s'entendre que d'opérations également commerciales part et d'autre, de telle sorte que chaque partie fait, en c tractant, un acte de son commerce respectif. Si les regist de commerce, régulièrement tenus, font preuve de leurs én ciations entre commerçants, c'est surtout à raison du contr qu'ils permettent d'exercer sur les uns au moyen des autr Or, dans notre hypothèse, ce contrôle disparaît, du moins plus souvent, puisque, de la part de l'une des parties, il n' pas sur ses registres une relation suffisamment explicative fait qui ne constitue à son égard qu'une opération purem civile. Il doit sans doute y être énoncé comme constituant, exemple, un article de dépenses pour la maison; mais c énonciation, faite en termes vagues et généraux, manque précision et de clarté.

D'ailleurs, et cette raison nous semble péremptoire, il ici un rapport direct entre les règles de la compétence et principes de la preuve. La contestation est, en effet, de compétence des tribunaux civils, bien qu'elle s'agite en commerçants, à l'égard de celui qui n'a point fait personn lement un acte de commerce. Par rapport à lui, le fait ét purement civil, les débats auxquels il donne lieu ne ressor sent point de la juridiction commerciale. Il nous semble d qu'il y aurait contradiction, si après avoir appliqué les pr cipes de la loi civile quant à la compétence, on appliquait ce de la loi commerciale quant à la preuve. Car il ne faut p perdre de vue que les dispositions de l'article 12, C. comn sont exceptionnelles, qu'elles ne sont faites que pour les co testations commerciales proprement dites (1).

8. Telles sont donc les trois conditions exigées : les regist doivent être régulièrement tenus; le débat doit exister ent

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 683, n^te 7, 1re édit., et t. 8, p. 271, n^te 4e édit. — *Contrà,* TOULLIER, t. 8, n° 386. — PARDESSUS, *Droit co mercial,* t. 1, n° 258.

commerçants, et, en outre, pour fait relatif à leur commerce respectif. Il s'ensuit que l'article 12, C. comm., est inapplicable entre commerçants pour faits étrangers à leur commerce, et entre non commerçants de profession, même pour faits constituant des actes de commerce. Car il faut que la qualité des personnes concoure avec la qualité du fait (1).

Moyennant la réunion de ces trois conditions, les livres de commerce peuvent être admis par le juge pour faire preuve. Remarquez ces expressions, *peuvent être admis*; ce n'est donc qu'une faculté de sa part, en vertu de laquelle il peut les admettre ou les rejeter, suivant les circonstances et les faits de la cause.

Ce n'est pas qu'ils ne fassent point, en principe, foi des énonciations qui y sont consignées. Ils en font, au contraire, preuve complète, et c'est pour cela que le juge peut les admettre comme formant un titre juridiquement parfait, sans qu'il ait besoin de fortifier leur autorité probante à l'aide d'autres preuves ou présomptions. Lors donc qu'ils sont admis pour faire preuve, ils suffisent par eux-mêmes pour fonder et motiver la décision.

Mais si le juge ne les admet point, il ne peut le faire qu'en infirmant, par l'appréciation des faits et circonstances, la foi qui leur est due. Dans ce cas, il doit motiver sur l'existence de présomptions contraires son refus de les admettre comme établissant une preuve régulière et complète.

Tel est, en effet, le caractère de la foi due aux livres de commerce, même régulièrement tenus, que la preuve qui en résulte peut toujours être combattue par la preuve contraire, soit au moyen de titres produits, soit à l'aide de témoignages oraux ou de simples présomptions. S'agissant de matière commerciale, on est toujours admis à prouver contre et outre leurs énonciations. Ainsi s'expliquent les expressions de l'article 12, C. comm., quand il dit que les livres de commerce, réguliè-

(1) TOULLIER, t. 8, n° 386.

rement tenus, peuvent être admis par le juge pour faire preu
Il signifie seulement que la foi qui leur est due peut ê
infirmée par la preuve contraire, et de là résulte pour le ju
la faculté de les admettre ou de les rejeter.

10. « Les livres que les individus faisant le commerce so
obligés de tenir, et pour lesquels ils n'auront pas observé
formalités ci-dessus prescrites, ne pourront être représent
ni faire foi en justice, au profit de ceux qui les auront ten
sans préjudice de ce qui sera réglé au livre des faillites
banqueroutes. » Telles sont les dispositions de l'article
C. comm.

Ainsi, lorsqu'une partie produira des livres régulièreme
tenus, et que l'autre n'en présentera que d'irréguliers, ce
dernière ne pourra se prévaloir des énonciations qu'ils co
tiennent en sa faveur, sauf, néanmoins, aux juges le dr
d'apprécier les diverses circonstances et présomptions qui
établissent d'ailleurs la sincérité (1).

Il en sera de même au cas qu'elle n'en produise pas du to
soit qu'elle déclare ne pas en avoir, les avoir perdus ou ne p
vouloir les représenter. Celle qui produit des registres ré
liers doit obtenir gain de cause, si aucune circonstance n'
vient combattre et détruire les énonciations.

Si les livres des deux parties sont tenus avec une éga
régularité, et qu'ils soient conformes, la preuve est, pour ai
dire, doublement faite. Mais s'ils sont contradictoires, le ju
ne peut, en présence de livres qui font également preuve
leurs constatations, donner aux uns la préférence sur l
autres. Car la foi qui leur est respectivement due contrebalan
et neutralise la preuve. La demande n'étant pas justifiée do
dès lors, être rejetée. Mais le juge peut se décider par l'app
ciation des autres éléments de preuve, soit qu'ils résultent
titres, de registres auxiliaires, de témoignages ou de simpl

(1) Cass., 3 janv. 1860. Sirey, 60, 1, 380. — 26 juill. 1869. Sire
70, 1, 15. — 23 juill. 1873. Sirey, 74, 1, 12.

p somptions (1). Le plus léger poids mis dans l'un des pla-
t ux de la balance suffit pour en rompre l'équilibre. Il pour-
r enfin déférer le serment supplétif à l'une ou à l'autre des
p ties; car la demande ou exception n'est ni complètement
j ifiée, ni totalement dénuée de preuve.

1. Nous passons à la production en justice des livres de
c nmerce.

La communication des livres et inventaires ne peut être
o onnée en justice que dans les affaires de succession, com-
r nauté, partage de société, et en cas de faillite (14, C. comm.).
I les étaient aussi les dispositions de l'ordonnance de 1673,
icle 9, titre 3. »

ART. 15. « Dans le cours d'une contestation, la représenta-
t n des livres peut être ordonnée par le juge, même d'office,
'effet d'en extraire ce qui concerne le différend. »

ART. 16. « En cas que les livres, dont la représentation est
erte, requise ou ordonnée, soient dans des lieux éloignés
tribunal saisi de l'affaire, les juges peuvent adresser une
nmission rogatoire au tribunal de commerce du lieu, ou
léguer un juge de paix pour en prendre connaissance,
esser un procès-verbal du contenu, et l'envoyer au tribunal
si de l'affaire. »

Tout d'abord se présente une remarque essentielle : c'est
'il doit être question d'opérations commerciales et non
iles. Car les articles que nous venons de transcrire se rap-
rtent aux matières qui sont traitées dans le Code de com-
rce. Si donc l'opération est simplement civile, la repré-
ntation des livres ne peut être demandée, ni ordonnée
ffice (2). Du moins, elle ne peut l'être qu'à l'égard de celui
la part duquel elle constitue un acte de commerce, soit
'il les invoque en sa faveur, ou que son adversaire les in-
que contre lui.

(1) TOULLIER, t. 8, nº 384.
(2) TOULLIER, t. 8, nº 381.

Mais il suffit que la contestation ait, par rapport à lui, caractère commercial, et il est indifférent qu'elle ait été por devant un tribunal civil ou un tribunal de commerce. Ca force probante des livres de commerce est indépendante d nature de la juridiction saisie.

Nous observerons enfin que la faculté, pour l'une ou l'au partie, d'en demander la communication, ou pour le juge, l'ordonner d'office, s'exerce également, soit qu'ils fassent preuve complète pour ou contre le commerçant, conformém aux articles 12, C. comm., ou 1330, C. civ., ou qu'ils au risent seulement la délation du serment supplétif, conform ment à l'article 1329, C. civ.

L'ordonnance de 1673, titre 3, article 10, portait égalem qu'au cas qu'un négociant ou un marchand voulût se servir ses livres, journaux et registres, ou que la partie offrît ajouter foi, la représentation pouvait en être ordonnée po en extraire ce qui concerne le différend.

Cette représentation des livres peut même être ordonn dans le cas où il existerait un titre public ou privé contre ce dont on demande que les livres soient rapportés, ou con celui qui en demande la représentation. Leur communicati peut être utile, soit qu'ils confirment ou contredisent le tit invoqué, en établissant, par exemple, l'existence d'un pa ment ultérieur (1).

Elle est, au surplus, purement facultative de la part du jug qui peut l'ordonner ou non, suivant les circonstances de cause et la précision des allégations produites par les partie Les termes de l'article 15 sont formels à cet égard ; ils att buent au juge, sur ce point, un pouvoir discrétionnaire.

Le demandeur peut lui-même offrir la représentation de s livres, à l'appui de sa demande, comme le défendeur celle d siens, à l'appui de son exception, sans préjudice du droit po

(1) Toullier, t. 8, n°s 373 et 374. — Pardessus, *Droit comme cial*, t. 1, n° 259.

l'un et pour l'autre, si l'opération est également commerciale, demander la production des registres de son adversaire.

Ce n'est pas seulement des livres essentiels et indispensables que la représentation peut être demandée par les parties ou ordonnée d'office par le juge. Il en est de même des simples livres auxiliaires. Car, bien qu'ils ne fassent point foi comme les autres, ils peuvent fournir de précieux et utiles renseignements pour la décision de la cause, soit qu'ils confirment, expliquent ou contredisent les énonciations du livre journal. Mais leur non communication ne fournirait, en cas que leur existence fût reconnue ou constatée, qu'un argument de fait contre la demande ou l'exception de la partie qui refuse de les représenter, si d'ailleurs elle produit ses livres indispensables régulièrement tenus.

Alors même qu'une partie demande la représentation des livres de commerce de son adversaire, avec offre d'y ajouter foi, le juge n'est pas tenu de l'ordonner. Il demeure investi à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire (1).

Mais si la partie aux livres de laquelle on offre d'ajouter foi, refuse de les représenter, le juge peut déférer le serment à l'autre partie (17, C. comm.). Et il n'y a pas ici à distinguer entre les livres indispensables et les livres auxiliaires. Peu importe le caractère des livres dont la représentation a été ordonnée sur la demande de l'une des parties avec offre d'y ajouter foi. Le refus de les représenter constitue son adversaire en suspicion de mauvaise foi et de fraude, et autorise le juge à déférer le serment supplétif.

Mais ce n'est que dans le cas d'offre d'ajouter foi aux livres et de refus de les représenter, que le serment supplétif peut être déféré à l'autre partie. Si cette offre n'est pas faite, le refus de représentation n'autorise point la délation du serment d'office, sauf au juge à en tirer argument contre celui qui

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 684, nte 9, 1re édit., et t. 8, p. 273, nte 13, 2e édit. — Cass., 20 août 1818. SIREY, 19, 1, 236. — 4 fév. 1828 SIREY, 28, 1, 99. — 13 août 1833. SIREY, 33, 1, 614.

refuse de les communiquer. Mais si, d'ailleurs, et indépendar ment de ce refus, les conditions exigées par l'article 136 existent, il peut alors être déféré; et même le refus de repr senter les livres peut en autoriser la délation, pourvu qu constitue un commencement de preuve, par suite de l'appr ciation qui en a été préalablement faite, d'après les faits de cause.

12. L'article 1329, après avoir disposé que les registres de marchands ne font point preuve contre les personnes no marchandes, ajoute ces mots : sauf ce qui sera dit à l'égar du serment. Quel est le sens de cette réserve? Si on l'appliqu au serment décisoire, elle n'a absolument aucun sens, car c serment peut être déféré sur quelque espèce de contestatio que ce soit, en tout état de cause, et encore qu'il n'existe aucu commencement de preuve de la demande ou de l'exceptio sur laquelle il est provoqué (1358, 1360). Elle doit donc s'er tendre de la faculté attribuée au juge de déférer à la parti qui représente ses livres de commerce, le serment supplét pour en faire dépendre la décision de la cause, ou seulemer pour déterminer le montant de la condamnation (1366). Tel étaient les principes de notre ancienne jurisprudence (1), e les rédacteurs du Code civil ont entendu les maintenir (2).

Mais ce n'est pour le juge qu'une faculté dont il peut use ou ne pas user, suivant les circonstances (3). Il n'est poin tenu, par cela seul que des livres de commerce régulièremen tenus sont représentés, de déférer le serment supplétif a commerçant demandeur. Il doit d'abord apprécier sa moralité sa probité, ses habitudes, celles du défendeur, la nature e

(1) Dumoulin, sur la loi 3, C. *De reb. credit.* — Pothier, *Oblig.* n° 719.

(2) Toullier, t. 8, n° 368. — Duranton, t. 13, n° 196. — Pardessus, *Droit commercial*, n° 257. — Zachariæ, t. 5, p. 682, 1re édit. et t. 8, p. 270, 4e édit. — Maleville, art. 1329. — Merlin, Rép. v° *Preuve*, sect. 2, § 2, art. 2, n° 5.

(3) Cass., 22 juillet 1872. Sirey, 74, 1, 73.

nportance des fournitures prétendues, la vraisemblance des soins allégués, la modicité ou l'exagération du compte, ses pports avec la fortune et la position du défendeur, l'usage ns lequel sont les parties l'une de vendre et l'autre d'acheter comptant ou à crédit, en un mot, toutes les circonstances i établissent l'exactitude des livres et le fondement de la mande. Que si, au contraire, les faits de la cause, avec elque régularité apparente que les livres soient tenus, foursent des présomptions défavorables au demandeur, le juge it, usant du pouvoir discrétionnaire qui lui est attribué à t égard, se bien garder de lui déférer le serment supplétif, rejeter immédiatement ses prétentions comme n'étant point stifiées.

13. Le serment supplétif ne peut, du reste, être déféré ntre la partie non marchande qu'en ce qui concerne des ırnitures à elle faites par le commerçant. Il ne saurait être féré à l'occasion d'une obligation autre que celle résultant marchandises fournies, alors même qu'étant mentionnée r ses livres elle se référât à son commerce. La réserve primée dans l'article 1329 se rapporte, en effet, aux termes sa disposition principale qui ne s'occupe que de fournires; et, comme elle constitue en faveur du commerce une rogation aux principes du droit commun, il convient de ne s lui donner une extension qui ne résulte pas de ses termes écis. Mais quant aux fournitures portées sur les registres, serment supplétif peut être déféré au commerçant, aussi en sur le fait de la livraison que sur le prix des marchanses et le non payement de la dette.

Le serment ne pourra donc pas être déféré d'office au marand lorsqu'il s'agira, soit de l'existence d'un prêt, du rembursement d'une dette, ou de toute autre obligation qui n'a ıs pour cause des fournitures faites au non commerçant (1).

(1) Zachariæ, t. 5, p. 682, nte 2, 1re édit., et t. 8, p. 270, nte 2, édit.

14. L'article 1329, en autorisant le juge à déférer au m chand demandeur le serment supplétif, en conséquence de représentation de ses livres, ne dit point formellement q ces livres doivent être régulièrement tenus. On ne saur douter, néanmoins, que leur régularité ne soit la condit essentielle de la délation du serment. Les dispositions de no article se complètent, en effet, par celles de l'article 13, comm., suivant lesquelles les livres indispensables pour l quels les formalités prescrites n'ont pas été observées, peuvent être représentés ni faire foi en justice, au profit ceux qui les auront tenus. Si donc les livres produits ne s point tenus régulièrement, ils sont insuffisants par eux-mêm pour autoriser le juge à déférer d'office le serment supp tif (1), sauf à en motiver la délation sur d'autres élémer juridiques.

15. Lorsque le montant des fournitures prétendues se re ferme dans les limites où la preuve testimoniale est adm sible, le juge peut admettre la prétention du marcha demandeur, conformément aux principes généraux du dr quant à la preuve, en se décidant par les présomptions q naissent des registres produits et des diverses circonstanc de la cause, sans qu'il soit tenu de déférer au demandeur serment supplétif. Et, dans ce cas, la preuve testimoniale les simples présomptions étant supposées admissibles, il s'e suit qu'il n'y a pas à distinguer si les registres du commerça sont régulièrement ou irrégulièrement tenus.

Alors, au contraire, que le litige est de telle importan que la preuve testimoniale n'est pas admissible envers défendeur, le juge ne peut, si la demande n'est pas d'ailleu justifiée autrement que par les livres de commerce, adjug les prétentions du demandeur sans lui avoir préalablemen déféré le serment supplétif, soit pour en faire dépendre l décision du procès, ou pour déterminer le montant de la co

(1) Toullier, t. 8, n° 368.

da nation. Les livres ne font pas, en effet, preuve contre le dé ndeur, et autorisent seulement la délation du serment d' ice.

. Mais cette question se rattache elle-même à une autre q stion plus générale, qui est celle de savoir si les livres de co merce, régulièrement tenus, établissent un commencem it de preuve par écrit au profit du marchand demandeur, d nanière à rendre, conséquemment, admissibles la preuve te imoniale et les simples présomptions. Plusieurs auteurs (1) p sent que les livres de commerce ont cette efficacité. Telle é t l'opinion des auteurs sous notre ancien droit qui, du r e, ne donnait point, comme le Code civil, la définition d commencement de preuve par écrit (2). D'autres, au cont re (3), et, à notre sens, avec beaucoup plus de raison, s tiennent qu'ils permettent seulement au juge de déférer d ffice le serment supplétif à la partie demanderesse.

Voici l'argumentation des premiers : ils disent (4) que, si la l permet expressément de déférer au marchand demandeur l serment supplétif à l'appui de ses livres, lorsqu'il existe en l r faveur vraisemblance et présomption de bonne foi, on d t en conclure qu'elle permet implicitement, par une raison *a fortiori*, l'admission de la preuve testimoniale, *in coadjuvantnem scripturæ*, à l'appui de l'écriture; car, admettre le t noignage du demandeur ou son serment pour décision dans s propre cause, c'est infiniment plus que de lui permettre nvoquer le témoignage de personnes étrangères et désin-

(1) TOULLIER, t. 8, n° 369, et t. 9, n° 70. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 682, édit., et t. 8, p. 270, 4e édit.

(2) Voy. DUMOULIN, *Comm.*, liv. 4, tit. 1, *in Cod.* — DANTY, sur ICEAU, p. 2, ch. 8. — JOUSSE, Ordonn. de 1667, tit. 20, art. 3. — THIER, *Oblig.*, n° 772.

(3) AUBRY et RAU sur Zachariæ, *ibid.*, nte 3, 1re édit., et t. 8, p. 270, e 4, 4e édit. — BONCENNE, *Procédure civile*, t. 4, p. 184. — BONER, n° 633. — MARCADÉ, art. 1330, n° 2.

(4) Voy. TOULLIER, t. 9, n° 70.

téressées, témoignage qui ne lie point les juges, et qui p d'ailleurs, être balancé par les témoins que le défendeur toujours en droit de faire entendre. Or, en permettant le pl la loi est toujours censée permettre le moins. On peut en ajouter que le juge ne pouvant déférer le serment d'office sous ces deux conditions, 1° que la demande ou l'exception soit pas pleinement justifiée; 2° qu'elle ne soit pas totalem dénuée de preuve, il suit nécessairement de la faculté qui a été accordée par l'article 1329, que le législateur n'a considéré comme totalement dénuée de preuve la deman dont un commerçant établit le fondement par ses prop registres; qu'au contraire, il a considéré ces registres, pour qu'ils soient régulièrement tenus, comme constituant un co mencement de preuve qui ne peut être que d'une preuve écri

Cette argumentation est plus spécieuse qu'exacte; car conclusion que tirent les auteurs dont nous combattons l'o nion, ne résulte point nécessairement du principe posé par législateur. De ce qu'il autorise la délation du serment s plétif, il ne s'ensuit point qu'il ait considéré les livres de co merce comme établissant immédiatement, contre les personn non marchandes, un commencement de preuve écrite, q permet l'admission de la preuve testimoniale ou de simpl présomptions.

Le principe est, en effet, que les livres de commerce, mên régulièrement tenus, ne font point preuve dans ce cas; et, le juge a la faculté de déférer le serment d'office au dema deur, ce n'est là qu'une exception aux règles générales du dr commun. Or, toute exception doit être strictement renferm dans ses termes. Pour décider le contraire, il faudrait, ce q n'est pas, que le législateur eût expressément déclaré que l livres de commerce constituent, au profit du demandeur q les représente en justice, un commencement de preuve pa écrit.

Il a sans doute reconnu dans leurs énonciations certain éléments de vraisemblance et de présomption; mais il y a loi

de à un commencement de preuve écrite, tel que le carac-
téri e l'article 1347. La loi n'appelle ainsi que les actes émanés
de elui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il
re ésente, et qui rendent vraisemblable le fait allégué. Les
li s de commerce, considérés sous le rapport de leur force
pr bante, ne rentrent point dans les termes de cette disposi-
tio , puisqu'ils émanent seulement de celui qui s'en pré-
va à l'appui de ses prétentions. Que si, toutefois, ils sont
co sidérés comme rendant vraisemblable le fait des fourni-
tu s prétendues, à l'égard des personnes non commerçantes,
ce 'est que pour autoriser le juge à déférer au demandeur le
se nent d'office ; et ils ne sont point investis pour cela, à quel-
q point de vue qu'on les apprécie, de l'autorité probante
q s'attache à un commencement de preuve par écrit propre-
m nt dite. Nous reconnaissons que les termes de l'article 1347
o un tel caractère de généralité, que la définition qu'ils con-
ti nent est, en quelque sorte, illimitée, en ce sens que tout
a , quels que soient sa nature et son caractère, peut consti-
tu r un commencement de preuve écrite. Mais elle est, au
co traire, parfaitement limitée et restreinte, en ce sens
q cet acte doit émaner de la personne contre laquelle la
d nande est formée. Les dispositions de l'article 1347 repous-
s t ainsi elles-mêmes les conséquences que l'on entend tirer
d l'article 1329.

Quant à l'argument tiré du plus au moins, c'est-à-dire des
i onvénients et des dangers du serment supplétif comparés
à eux des témoignages oraux et des simples présomptions, il
s n faut beaucoup qu'il soit concluant. Il n'est, en effet, à tout
p endre, qu'une critique de l'article 1329, et l'on oublie, dans
l conclusion que l'on en déduit, que, si le législateur a le
p uvoir arbitraire d'édicter une disposition, le juge n'a pas le
m ême pouvoir dans l'interprétation et l'application de la loi.

17. Si la partie aux livres de laquelle la personne non mar-
c hande offre d'ajouter foi, refuse de les représenter, le juge
n a qu'à rejeter immédiatement sa demande, sans qu'il ait à

déférer le serment d'office à aucune des parties; au dema deur, parce qu'il ne le peut que sur la représentation de s livres régulièrement tenus; au défendeur, parce qu'il n'exis aucune sorte de preuve ni de présomption contre lui.

Mais si les livres étaient représentés et qu'ils fussent ten régulièrement, la partie non marchande qui a déclaré s' rapporter d'avance à leurs énonciations, devrait être conda née, par suite de cette reconnaissance anticipée, et sans qu fût besoin de déférer au demandeur le serment supplétif.

Elle pourra néanmoins, bien qu'elle ait offert d'y ajouter f être admise à prouver que les livres ont été faits, revus amendés frauduleusement pour le besoin de la cause; et cet preuve faite entraînerait le rejet de la demande pour tous l articles dont la sincérité ne serait pas légalement établie.

Mais lorsqu'une partie a offert d'ajouter foi aux livres de s adversaire, sans subordonner sa confiance à aucune conditi expresse ou tacite de leur régularité, il est indifférent qu'i soient régulièrement ou irrégulièrement tenus; il suffit qu'a cune circonstance n'établisse la fausseté ou la fraude de leu énonciations. Leur irrégularité seule est alors insuffisante po rendre inefficace l'offre d'y ajouter foi.

Cette offre peut même, dans certains cas, valoir comn commencement de preuve par écrit, qui autorise le juge à compléter par témoignages ou par présomptions. Car el émane de la partie contre laquelle la demande est formée, d'autre part, elle peut, suivant les circonstances de la caus rendre vraisemblable le fait allégué.

18. Si les livres des marchands ne font point preuve à le profit, excepté entre commerçants, pour faits de leur commer respectif, ils font cependant preuve contre eux (1330). Ils son par l'effet d'une présomption toute naturelle, censés ne port sur leurs registres les articles qui les constituent débiteu que parce qu'ils sont sincères et exacts.

Et, comme la loi n'établit à cet égard aucune distinction, i

nt foi contre eux, en faveur de commerçants ou de non com-
erçants, soit que leurs énonciations se réfèrent à des opéra-
ns et conventions commerciales ou civiles, à des obligations
i ont une cause autre que des achats, ventes ou livraisons
marchandises (1).

Ces énonciations ne laissent pas de faire foi contre eux, bien
'elles émanent d'une main étrangère, même de celui qui
n prévaut (2), s'il est constant que le livre représenté est
en le leur, et que, suivant une présomption toute naturelle,
mentions dont s'agit y ont été inscrites par leur ordre,
us leur approbation, de leur aveu et consentement.

Il importe même peu que les livres soient régulièrement ou
égulièrement tenus. Ils ne cessent pas de faire preuve contre
x. Autrement, ils se feraient un titre de leur faute et de leur
gligence (3).

19. Cette preuve, du reste, peut être détruite par la preuve
ntraire. Mais c'est à eux qu'incombe la charge d'établir que
énonciations consignées sur leurs livres sont le résultat
une erreur ou d'une inadvertance. Et cette preuve peut être
ministrée soit au moyen de titres, de témoins ou de pré-
mptions.

20. Lorsque les livres des marchands sont invoqués contre
x, la foi qui leur est due est indivisible. Celui qui veut en
er avantage ne peut les diviser en ce qu'ils contiennent de
ntraire à ses prétentions (1330), soit qu'ils aient été tenus
gulièrement ou non (4). Leurs énonciations constituent, en
et, de la part du marchand demandeur ou défendeur, un

1) Voy. Cass., 17 juillet 1866. Sirey, 66, 1, 401.
2) Pothier, *Oblig.*, n° 723. — Bourges, 14 juill. 1851. Sirey, 51,
737.
3) Zachariæ, t. 5, p. 683, 1re édit., et t. 8, p. 271, 4e édit. —
anton, t. 13, n° 198. — Rouen, 23 mai 1825. Sirey, 26, 2, 6.
Cass., 7 mars 1837. Sirey, 37, 1, 940.
4) Toullier, t. 8, n° 388.

aveu qui ne peut être divisé contre lui, à raison de la foi in visible due à l'écriture (1), à moins qu'elle ne soit d'aille combattue par les autres documents de la cause (2).

21. Il arrive fréquemment que les marchands font sig sur leurs livres, après règlement de compte et relevé des div articles, les personnes auxquelles ils ont fait des fournitur Il y existe alors, de la part de ces dernières, une vérital promesse qui, pour être valable, doit être assortie d'un *b pour* ou *approuvé,* suivant les dispositions de l'article 1326 moins que le signataire ne soit dans le cas de l'une des exce tions prévues par le même article.

Article 1331.

Les registres et papiers domestiques ne font point un tit pour celui qui les a écrits. Ils font foi contre lui, 1° dans to les cas où ils énoncent formellement un payement reç 2° lorsqu'ils contiennent la mention expresse que la note été faite pour suppléer le défaut du titre en faveur de cel au profit duquel ils énoncent une obligation.

Sommaire.

1. Sens des mots, registres et papiers domestiques.
2. Ils ne font point titre pour celui qui les a écrits.
3. Ils font foi contre lui dans deux cas. Opinion de Pothier mo fiée.
4. Il n'y a pas de termes sacramentels pour les mentions exigé
5. Hors ces cas, ils peuvent tout au plus former un commenceme de preuve écrite.

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 723.

(2) Cass., 7 nov. 1860. Sirey, 61, 1, 708. — 30 mars 1869. Sire 69, 1, 244.

6 Ils ne peuvent établir la preuve d'une obligation pour celui qui es a écrits,

7 Ni d'une interruption de prescription par le payement qu'ils nentionnent.

8 Suite, quant aux hospices, communautés et établissements publics.

9 Les papiers domestiques doivent être écrits de la main du père le famille.

Des énonciations biffées et raturées. Distinction.

Les registres et papiers domestiques ne font foi que sauf preuve contraire.

Si leur communication peut être demandée en justice.

Des écritures sur feuilles volantes ; quittances, promesses ; etc...

Des lettres missives et du secret des correspondances confidentielles.

COMMENTAIRE.

. L'article 1331 s'occupe de la foi due aux registres et piers domestiques. Mais il faut d'abord se fixer sur le sens ces expressions.

Le mot registre a par lui-même un sens suffisamment clair. is les termes, papiers domestiques, ont en apparence une nification très générale qu'il importe de préciser. Il ne faut nt entendre par là toute sorte de papiers sur lesquels le e de famille aurait consigné et relaté les actes, faits et conitions se rapportant à son administration domestique. Le t, registre, qui précède ceux de papiers domestiques, doit vir à en déterminer le sens. Ils expriment donc les livres, iers, tablettes, notes, quelles qu'en soient la forme et la ue, qui, sans constituer des registres proprement dits, s'en pprochent néanmoins par une destination semblable. Quel e soit donc le nom qu'on leur donne, si le père de famille t dans l'habitude d'y inscrire et relater les actes et opéraons qui concernent la gestion de ses affaires privées ; si, par régularité et la suite de leur rédaction, la consistance de ur format, le soin apporté à leur conservation, ils sont ritablement destinés à garder le souvenir des actes de son

administration, et à le mettre à même de s'en rendre comp
alors ils doivent être classés parmi les papiers domestiqu
dans le sens que la loi attache ici à ces expressions. M
telles ne sont pas les simples feuilles volantes, dont nous n
occupons plus loin (1).

2. Avec quelque régularité qu'ils soient tenus, les regist
et papiers domestiques ne font point un titre pour celui
les a écrits (1331), soit pour établir sa libération ou l'ex
tence d'une créance à son profit. Les dispositions de no
article sont ainsi l'expression de la règle que nous avons d
rappelée, que nul ne peut se faire, par sa propre écriture,
titre à soi-même.

Elles sont en même temps conformes à celles de l'artic
1329, relatives aux registres des marchands à l'égard de pe
sonnes non marchandes. Mais, à la différence de celui-ci, il
contient aucune réserve concernant la délation du serme
supplétif; et, du silence de la loi sur ce point, il résulte q
le juge n'est point autorisé à déférer le serment d'office
celui qui invoque des registres et papiers domestiques, que
que réguliers qu'ils soient (2). Il peut seulement en ten
compte pour compléter une preuve qui résulte déjà d'autr
présomptions et documents (3).

Quant à leur inefficacité comme moyen de faire titre e
faveur de celui qui les a écrits, il n'y a aucune distinction
faire, suivant leurs qualités, entre les personnes à qui i
sont opposés, depuis que la loi du 2 août 1868 a abrogé l'ar
ticle 1781 du Code civil relatif aux réclamations de la pa
de domestiques ou d'ouvriers. Jusqu'alors ils faisaient preuv
de la libération du maître, puisqu'il était cru, sur son affi

(1) Toullier, t. 8, n° 399. — Bonnier, n° 604.

(2) Toullier, t. 8, n° 400. — Duranton, t. 13, n° 621. — Cass. 2 mai 1810 Sirey, 10, 1, 246.

(3) Cass., 10 mai 1842. Sirey, 42, 1, 635. — 1er mai 1848. Sirey 48, 1, 501. — 31 mai 1881. Sirey, 82, 1, 200.

mention, pour la quotité des gages, pour le payement du salaire de l'année échue et pour les à-comptes donnés pour l'année courante.

. Mais les registres et papiers domestiques ne doivent-ils pas au moins faire foi contre celui qui les a écrits? Ici encore l'article 1331 diffère de l'article 1330. Suivant ce dernier article, les livres des marchands font preuve contre eux. Au contraire, les registres et papiers domestiques font foi contre celui qui les a écrits, seulement dans les deux cas que nous allons examiner :

1° Dans tous les cas où ils expriment formellement un payement reçu (1331), c'est-à-dire lorsque leurs mentions tendent à la libération du débiteur de celui qui les a écrits; car ce mot, payement, doit être pris dans son sens le plus général (1);

2° Lorsqu'ils contiennent la mention expresse que la note a été faite pour suppléer le défaut du titre en faveur de celui au profit duquel ils énoncent une obligation (1331).

Cette dernière disposition a été également empruntée à Pothier (2), dont l'opinon n'a point été, d'ailleurs, adoptée tout entière par les rédacteurs du Code civil. En effet, après avoir distingué, avec Boiceau (3), le cas auquel les mentions des registres et papiers domestiques tendent à obliger envers quelqu'un celui qui les a écrits, et le cas auquel elles tendent, au contraire, à libérer le débiteur, il ajoute : Dans le premier cas, par exemple, si j'ai écrit sur mon journal ou sur mes tablettes que j'ai emprunté vingt pistoles de Pierre, Boiceau pense que si cette reconnaissance, faite sur mon journal ou sur mes tablettes, est signée de moi, elle fait une preuve complète de la dette contre moi et mes héritiers; et que si elle n'est pas signée, elle ne fait qu'une semi-preuve, qui doit être fortifiée de quelque indice.

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 724. — Toullier, t. 8, n° 402.
(2) Pothier, *Oblig.*, n° 724.
(3) *De la preuve*, p. 2, ch. 8, n° 14.

» Je trouve plausible cette distinction de Boiceau; ma
par une autre raison que celles qu'il a alléguées, lorsque
note que j'ai faite de l'emprunt sur mon journal n'est p
signée, cette note ne paraît faite que pour me rendre compt
moi-même, et non pour servir au créancier de preuve du p
qu'il m'a fait; ce créancier n'ayant pas de billet, la préson
tion est qu'il me l'a rendu lorsque je l'ai payé, et que,
trouvant assuré par la restitution qui m'a été faite de m
billet, j'ai négligé de barrer cette note, et de faire mention
payement que j'avais fait. Mais lorsque j'ai signé cette no
ma signature indique que j'ai fait cette note dans l'intenti
qu'elle servît au créancier de preuve de sa créance; elle d
donc lui en servir.

» Quoique je n'aie pas signé la note, si j'ai d'ailleurs décla
ou fait connaître que je la faisais pour qu'elle servît de preu
du prêt, dans le cas auquel je serais prévenu par la mo
comme lorsque j'ai déclaré, par cette note, que celui q
m'avait fait le prêt n'avait pas voulu recevoir de billet de m
la note, dans ce cas, quoique non signée, doit faire u
preuve de la dette contre moi et mes héritiers. »

Ainsi s'exprime Pothier, et l'on voit déjà combien son o
nion diffère des dispositions de l'article 1331. En effet, al
même que la note est signée, si elle ne contient pas la menti
expresse qu'elle est destinée à suppléer le défaut du titre, e
ne peut valoir comme preuve complète. Il suffit que le lég
lateur moderne n'ait pas reproduit l'opinion contraire
Pothier, pour qu'il soit censé, par cela même, l'avoir repo
sée. Il ne faut pas perdre de vue enfin que nous sommes
en présence de dispositions exceptionnelles (1).

4. Si le registre doit contenir la mention expresse qu
note a été fait pour suppléer le défaut du titre, il n'y a p
de termes sacramentels exigés (2).

(1) DURANTON, t. 13, n° 206. — ZACHARIÆ, t. 5. p. 685, n
1re édit., et t. 8, p. 275, nte 4, 4e édit.

(2) DURANTON, t. 13, n° 206.

est ensuite indifférent qu'elle exprime ou non la raison
r laquelle il n'existe point de titre. Et, sous ce rapport
re, il y a une notable différence entre les dispositions du
e et l'opinion de Pothier, qui semble, par les cas qu'il
vouloir que le motif du défaut de titre soit exprimé dans
notation.

Telles sont les conditions sous lesquelles foi est due
registres et papiers domestiques. La foi qui leur est due
comme on voit, fort limitée, à raison même de la nature
écrits auxquels elle s'applique. Car leur destination n'est
it de fournir un titre à des tiers contre celui qui les tient
s son intérêt exclusivement personnel. Ce n'est donc que
s des cas exceptionnels et tout spéciaux qu'ils sont investis
uelque force probante.

i, par exemple, ils ne contenaient pas la mention expresse
la note a été faite pour suppléer le défaut de titre, ils ne
rraient alors fournir qu'un commencement de preuve par
t, qui autorise bien l'admission de la preuve testimoniale
les simples présomptions (1), mais qui a besoin d'être
plété par elles (2).

. Hors les deux cas spécialement prévus par l'article 1331,
registres et papiers domestiques ne peuvent faire foi des
s qu'ils relatent. Ainsi, ils sont insuffisants pour établir
obligation au profit de celui qui les a écrits, alors même
ls constatent la libération du débiteur, et que c'est dans
énonciations relatives au payement reçu que le créancier
tendu cherche la preuve de son droit. Tel est le cas où,
une demande en reddition de compte, le défendeur pro-
t ses registres et fonde sur eux une demande reconven-
nelle. S'ils font foi contre lui, en tant qu'ils constatent la
ration du demandeur, ils ne forment point titre à son profit,

1) Toullier, t. 8, n° 403.
2) Cass., 27 avril 1831. Sirey, 31, 1, 277.

de manière à le constituer créancier. Et, voulût-on assimil à un aveu indivisible la production de ses registres, cet ave qui se borne à l'objet de la demande, ne saurait former en faveur un titre de créance (1).

7. Ici se présente une question plus délicate. On sait q le payement d'une partie du capital, des intérêts ou des arr rages, contient reconnaissance de la dette et interrompt prescription. Or, si le débiteur duquel le créancier a négli de retirer des contre-quittances dénie les payements qu'on l oppose comme actes interruptifs de la prescription, son adv saire sera-t-il admis à se prévaloir des notes mises sur s registres et papiers domestiques, et à prétendre que, faisa foi contre lui de la libération du débiteur, ils font preu contre ce dernier de l'interruption de la prescription? Nous croyons pas que cette prétention soit aujourd'hui fondée.

Il est vrai que notre ancienne jurisprudence admettait l'i terruption résultant de la mention des payements effectu sur les seuls registres et papiers domestiques du créancier. moins que le débiteur à qui ils étaient opposés ne prouvât q ces énonciations avaient été mises faussement et par frau pour écarter la prescription (2). Voici la raison qu'en don le président Favre (3) : Ces sortes d'écrits prouvent, en eff dit-il, principalement et directement le payement reçu cont celui de qui ils émanent. Conséquemment, ils font preuve faveur de ce dernier de l'interruption de la prescription, c est plutôt de droit que de fait. Or, beaucoup de choses sc permises par voie de conséquence, qui ne le sont point dir tement et par elles-mêmes.

Quant à Dunod, il rattache son opinion surtout à des con

(1) Cass., 16 déc 1833. Sirey, 34, 1, 123.

(2) Favre, C. liv. 7, t. 13, déf. 24. — Despeisses, t. 1, p. 443. Dunod, *Prescript.*, p. 171 et 172. — Merlin, Rép., v[is] *Interrupti de prescription*, n° 8.

(3) *Ibid.*

rations d'équité. « Comment, dit-il, et par qui se prouvera payement des arrérages, si le débiteur le nie (1)? C'est une gative qui ne demande aucune preuve; le créancier sera nc chargé de prouver le payement. Rien n'est plus difficile, r les payements des intérêts de rentes et des prestations nuelles se font souvent en secret. Le créancier donne sa iittance, et ne se fait point donner d'assurance du payement. est bien juste de lui accorder quelque faveur dans ces cirnstances, et de ne pas user contre lui de la rigueur des lois. ans cette rigueur, le livre de raison du créancier, qui porte s payements qu'il a reçus, ne devrait pas les prouver. L'on lmet cependant cette preuve par équité, lorsqu'il s'agit seument d'empêcher la prescription, qu'il conste de la dette, ue le créancier est homme de probité, et particulièrement si on ne se sert de son livre de raison qu'après sa mort, arrivée vant la prescription prétendue acquise. »

Tels étaient les principes de notre ancienne jurisprudence, t ce serait par eux qu'il faudrait aujourd'hui décider les quesons se rattachant à des faits antérieurs au Code civil.

Quant à la loi nouvelle, elle ne nous paraît pas les avoir nsacrés. En effet, bien que les registres et papiers domesques puissent, dans leurs énonciations constatant un payeent reçu, être opposés par le débiteur à celui qui les a écrits, éanmoins si le créancier invoquait ce payement, dénié par débiteur, pour en induire une reconnaissance interruptive la prescription, il se ferait en réalité un titre de ses propres rits, et violerait ainsi les dispositions de l'article 1331. Leurs ionciations, bien loin de tourner à la libération du débiteur, ul cas où elles puissent faire preuve, tendraient, au conaire, à son obligation, et, au lieu de faire foi contre le éancier, fourniraient une preuve en sa faveur.

Vainement le président Favre cherche à éluder ce résultat, manifestement contraire à l'esprit de la loi, en disant que

(1) Page 171.

bien des choses sont permises par voie de conséquence, q
ne le sont point directement et par elles-mêmes. Ce princip
est vrai, mais seulement dans le cas où le résultat indire
auquel on arrive ne contient aucune violation de dispositior
restrictives ou prohibitives. Or, tel n'est point le cas où nou
sommes placé; car la conséquence à laquelle on est condu
par l'application de ce principe, viole la disposition principal
de la loi, en autorisant le créancier à se faire un titre, à so
profit, d'une énonciation qui ne peut faire titre qu'en faveu
du débiteur, comme preuve de sa libération. Il convient don
d'appliquer ici le principe contraire, qu'on ne peut faire ind
rectement ce que la loi défend de faire directement.

Quant aux considérations d'équité invoquées par Dunod,
est d'abord permis d'y répondre par les dangers de la fraud
et de la mauvaise foi. Car rien n'est plus facile au créancie
que de se créer, après coup, une reconnaissance interruptiv
de la prescription, en sacrifiant une partie de sa créance
sous forme et sous prétexte d'à-compte reçu, soit sur le capi
tal, les intérêts ou arrérages. Ces prétendues raisons d'équit
sont d'ailleurs bien peu considérables. Outre les moyens ordi
naires et si nombreux d'interruption, le créancier peut e
effet, soit exiger un titre nouvel s'il s'agit d'une rente, soi
retirer du débiteur des contre-quittances, soit enfin exerce
contre lui une simple action en reconnaissance de la dette (1)

8. On comprend que, sous notre ancien droit, les livre
et registres des hospices et communautés suffisaient comm
les registres et papiers domestiques, et même à plus fort
raison, pour faire preuve contre le débiteur des payement
d'arrérages de rente qui y étaient mentionnés. Il ne paraissai
pas vraisemblable que le receveur se fût chargé en recett
de sommes qui ne lui auraient pas été réellement payées
Pothier (2) atteste que telle était la jurisprudence du Châtele

(1) Troplong, *Prescript.*, n° 621. — Vazeille, *Prescript.*, n° 215
— Cass., 11 mai 1842. Sirey, 42, 1, 719.

(2) *Rentes*, n° 164.

rléans; mais en disant qu'elle lui paraît raisonnable, il ute que, néanmoins, elle n'est pas sans difficulté.

es lois intermédiaires n'ont rien changé à ces principes. loi du 28 mars 1790, titre 3, article 3, déclare, en effet, les contestations relatives à l'existence ou à la quotité des its énoncés dans l'article 1, seront décidées d'après les uts, coutumes et règles observés jusqu'alors; et la loi du loréal an III, les a consacrés par les articles 1 et 3 d'une nière plus formelle, en disposant que l'existence du droit ivait être justifiée par des indications résultant des regis-s, sommiers et carnets, appuyés de simples indices tirés de elques actes publics. Nul doute donc que, pour les rentes iennes, les registres des receveurs des hospices et commu-utés ne puissent être invoqués comme constatant les paye-nt d'arrérages énoncés, faits antérieurement au Code il, et comme établissant, par suite, une reconnaissance erruptive de la prescription (1).

Mais en est-il de même quant aux énonciations de paye-nts postérieurs à la promulgation de nos Codes? Le Code il n'a-t-il apporté aucune modification aux anciens princi-s? On ne saurait douter que le législateur moderne ne ait repoussés, et il n'en faut point d'autre preuve que n silence même. Notre ancienne jurisprudence sur ce point nt fondée sur des maximes contraires aux règles géné-es, il suffit que le Code n'ait point formellement consacré e semblable exception en faveur des corporations et com-nautés, pour qu'elles se trouvent aujourd'hui placées, de me que les simples particuliers, quels qu'ils soient, sous npire du droit commun.

Il n'y a même lieu de fonder aucune distinction sur la qua-é de la personne chargée de recevoir et de constater les yements. S'agit-il d'un receveur, économe, trésorier, per-

1) Cass., 24 mai 1832. Sirey, 32, 1, 439. — *Contrà*, Bourges, août 1839. Sirey, 42, 1, 534.

cepteur (peu importe le nom), revêtu d'un caractère public; soit que ses fonctions lui aient été directement conférées par l'autorité, ou qu'il ait été désigné ou nommé par le conseil d'administration de l'établissement? Sa gestion est-elle soumise à un contrôle particulier ou aux règles générales de la comptabilité publique? Dans ce cas même, on ne peut dire que ses livres et registres, pourvu qu'ils soient régulièrement tenus, font foi des payements qu'ils énoncent pour et contre le débiteur, soit qu'il les oppose comme preuve de sa libération, ou qu'on les invoque contre lui comme preuve d'une reconnaissance interruptive de la prescription. De semblables registres, bien qu'émanés d'un fonctionnaire ou d'un agent public, doivent, par rapport aux tiers, être assimilés à des livres et papiers domestiques dont la tenue n'est soumise à aucun contrôle, et où l'intérêt personnel a une part exclusive.

Tels sont les registres des receveurs des communes, hospices ou bureaux de bienfaisance, des trésoriers des fabriques (1) et autres établissements publics.

S'agit-il, au contraire, de corporations, communautés laïques ou religieuses, administrant elles-mêmes leurs finances par des agents étrangers ou pris dans leur sein, sans autre contrôle que celui qu'elles exercent elles-mêmes, conformément à leurs statuts particuliers, approuvés ou non par l'autorité publique? Dans ce cas, les livres et registres de leurs receveurs ou administrateurs ne font, plus évidemment encore, jamais foi que comme registres et papiers domestiques. Ils n'émanent, en effet, que d'agents, de mandataires privés, sans aucun caractère public, et qui, pour être chargés de la gestion d'un corps moral, n'en représentent pas moins un intérêt purement individuel.

Il est vrai que, pour soutenir le contraire, on prétend qu'il n'est pas présumable qu'ils se soient chargés en recette de sommes qui ne leur auraient pas été réellement versées; que,

(1) Toullier, t. 9, n° 103.

en loin d'avoir un intérêt quelconque à énoncer des faits ux, ils sont, au contraire, personnellement intéressés à ne nstater que la vérité sur leurs registres. Ces raisons man-ıent de portée. On pourrait les appliquer au père de famille i-même, en disant que, ses livres domestiques faisant foi ›ntre lui des payements qu'ils énoncent, il a intérêt à n'y entionner que des recettes réellement effectuées. On pourrait s appliquer surtout, avec tout autant de raison, au gérant, ı mandataire d'un simple individu. Ainsi généralisées, ces ɔnsidérations perdent évidemment toute leur force; car elles ont directement contre les dispositions de la loi.

Mais au fond elles pèchent de vérité. Un receveur, un admi-istrateur, ne peut-il pas, en effet, mentionner faussement des ayements prétendus sur ses livres de recettes, afin de mas-uer sa propre négligence et d'échapper à la responsabilité ncourue? N'a-t-il pas alors intérêt à faire revivre une créance rescrite, au prix même du léger sacrifice qu'il fait des -comptes portés en recette? Le plus souvent même ne lui en st-il pas fait remise? Les annales judiciaires n'ont offert que e trop fréquents exemples de ces fraudes pieuses, œuvres l'iniquité collectives, qui semblent n'engager particulièrement ıersonne, et dans la consommation desquelles leurs auteurs ıe voient que le moyen, consacré d'ailleurs par la sainteté de 'intention, de se rendre eux-mêmes plus sûrement justice, ɜn déchargeant à la fois la conscience de leurs prétendus lébiteurs. Il ne suffirait pas que le jurisconsulte dénonçât de ɔareilles fraudes à la conscience publique, s'il n'en démontrait ɜn même temps l'impuissance (1).

9. A la différence des livres de commerce, les registres et papiers domestiques doivent, pour faire preuve en justice, être écrits de la main du père de famille. Dans les deux cas mêmes où ils sont admis comme faisant foi des faits qu'ils rela-

(1) Toullier, t. 9, nº 103.

tent, si leurs énonciations sont écrites de la main d'un tier étranger, fût-il le fils ou la femme de celui à qui on les oppose ils cessent de faire foi (1). « En déclarant que les registres e papiers domestiques, dit la Cour de cassation (2), ne for point un titre pour celui qui les a écrits, mais qu'ils font fo contre lui, lorsqu'ils énoncent formellement un payement reçu l'article 1331 fait clairement entendre que la force de preuv qu'il attache à ces registres et papiers, contre celui à qui o les oppose, n'existe qu'autant que les énonciations de paye ment qu'on y trouve sont écrites de sa main. » Et, hors ce cas elles ne valent même pas comme commencement de preuv par écrit.

Du reste, ils sont censés émanés de lui s'ils sont écrits pa un intendant, un gérant, un administrateur, un mandatair chargé de leur rédaction (3). Si même ils sont écrits partie d sa main, partie de celle d'un tiers, on doit supposer que celui ci n'a été que l'agent, le représentant du premier. Il convient en effet, de tenir compte, en pareille circonstance, des habitudes du père de famille et des faits particuliers de la cause. Si par exemple, le papier non écrit de sa main a été trouvé réuni enliassé avec d'autres émanés de lui, cette circonstance établi en sa faveur une présomption très forte de mandat ou de ratification de son écriture. Il en serait autrement s'il avait été trouvé seul, isolé dans un lieu autre que celui où le père de famille avait l'habitude de renfermer ses registres et papiers domestiques.

10. Quelle sera la valeur des énonciations qui y sont écrites, si elles sont biffées, raturées, cancellées? Une distinction doit être faite. Les registres et papiers domestiques constatent-ils un payement reçu, tendent-ils à établir la libération du débi-

(1) DURANTON, t. 13, n° 205. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 685, 1re édit., et t. 8, p. 276, 4e édit.

(2) 9 nov. 1842. SIREY, 43, 1, 704.

(3) Cass., 11 juin 1872. SIREY, 72, 1, 261.

ur, ils ne laissent pas de faire foi contre celui qui les a écrits, mme si l'écriture en était demeurée intacte. C'est qu'il ne it pas être au pouvoir du créancier ou de ses héritiers de truire la preuve acquise au débiteur de sa libération (1).

Mais s'il s'agit d'une annotation, avec mention expresse l'elle est destinée à suppléer le défaut du titre en faveur du éancier, elle cesse d'avoir aucune valeur, lorsqu'elle est ffée et barrée. Elle établit, dans ce cas, ou que l'engagement st resté imparfait, ou qu'il a été acquitté depuis. Le prétendu réancier, en s'en rapportant à la bonne foi du débiteur du oin de constater la créance sur ses livres et papiers domesques, s'en est, par cela même, également remis à sa discréon, quant à la manière d'établir sa libération personnelle (2).

Dans tous les cas, si l'écriture était biffée, raturée, de anière qu'elle se trouvât entièrement illisible, elle n'aurait orcément aucune espèce d'efficacité. Seulement la partie qui rétendrait avoir à se plaindre de ce que cette écriture a été insi rendue illisible, pourrait en tirer argument contre son dversaire, et en inférer une présomption de fait en sa faveur, lans tous les cas où les simples présomptions sont admissibles omme moyens légaux de preuve.

A ce sujet, nous observerons, avec les auteurs, combien il st imprudent, de la part du débiteur, de se contenter, pour preuve de sa libération, d'une simple annotation sur les registres et papiers domestiques de son créancier, puisqu'il est au pouvoir de ce dernier de la rendre complètement inefficace (3).

11. Bien que la loi déclare que les registres et papiers domestiques font preuve, dans certains cas et sous certaines conditions, des faits qui y sont énoncés, ce n'est pas cependant

(1) Duranton, t. 13, n° 208. — Zachariæ, t. 5, p. 686, 1re édit., et t. 8, p. 276, 4e édit. — Cass., 9 janv. 1865. Sirey, 65, 1, 63.

(2) Pothier, *Oblig.*, n° 724. — Duranton, t. 13, n° 207. — Zachariæ, *ibid.* — Marcadé, art. 1331, n° 2.

(3) Duranton, t. 13, n° 208. — Zachariæ, *ibid.*

que celui à qui on les oppose ne puisse établir aucune preuve contraire à leurs énonciations, soit au moyen de témoins, soi à l'aide de présomptions simples. De pareils écrits ne son point de la classe de ceux contre et outre la teneur desquel une semblable preuve soit interdite. Ils font preuve seulemen en ce sens que la partie qui s'en prévaut n'a aucune autre preuve à administrer, et qu'ils forment en sa faveur un titre parfait sur lequel le juge peut fonder la condamnation de son adversaire. Mais ce dernier peut toujours en établir l'inexactitude ou la fausseté, en fournissant la preuve de ses allégations contraires, à l'aide de témoins ou de présomptions, indépendamment de tout commencement de preuve par écrit (1).

Ainsi, bien que la mention formelle d'un payement reçu continue à valoir, quoiqu'elle soit cancellée et raturée, le propriétaire des registres et papiers domestiques, où elle est relatée, pourra établir, par témoins ou par présomptions, qu'i n'a point reçu en réalité de payement, et que cette énonciation dont son débiteur s'empare comme d'une preuve de libération acquise en sa faveur, est le résultat de l'erreur, de l'inadvertance, de la précipitation; et il pourra invoquer, comme première présomption de fait à l'appui de ses prétentions, cette circonstance qu'elle se trouve biffée et barrée.

12. Le Code civil n'a point, comme le Code de commerce, en ce qui concerne les livres des marchands, de disposition formelle qui autorise les parties à demander, ou le juge à ordonner d'office la représentation des registres et papiers domestiques. Faut-il en conclure que cette représentation ne peut être ni demandée, ni ordonnée? Plusieurs auteurs (2) se sont élevés contre cette conséquence, et ont soutenu que la partie qui peut invoquer les registres domestiques de son adversaire est, par cela même, autorisée à les faire représenter.

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 690, 1re édit., et t. 8, p. 277, 4e édit.

(2) TOULLIER, t. 8, n° 404. — DURANTON, t. 13, n° 210. — MARCADÉ, art. 1331, n° 6.

ırsque leur existence est établie, sans quoi la loi serait ıparfaite.

Il est vrai que les lois romaines contenaient en ce sens des ·gles formelles; *non est novum a quo petitur pecunia implo- ıre rationes creditoris, ut fides veri constare possit* (1), il n'est as nouveau que le défendeur à qui l'on demande une somme 'argent réclame la communication des livres du créancier our y puiser la preuve de la vérité. Les lois romaines obli- ·eaient donc le créancier à représenter ses livres domestiques, t, s'il s'y refusait, sa demande pouvait être rejetée au moyen le l'exception de dol, *doli exceptione submoveri* (2). Il y avait, outefois, cette différence entre la position du demandeur et elle du défendeur, que si, quant au dernier, l'équité voulait qu'il pût demander la représentation des livres du demandeur, celui-ci n'était point également autorisé à la réclamer, parce qu'il ne peut fonder le principe de sa demande sur les regis- tres et titres du défendeur (3). Et c'est de là, sans doute, que vient cette maxime : *Nemo cogitur edere contrà se;* nul ne peut être régulièrement contraint de produire contre soi les titres qu'il a en sa possession (4), ainsi que cet autre axiome : *Actor reo non reus actori edit*; le demandeur communique au défen- deur, et non celui-ci au premier.

Mais ces dispositions, appropriées aux mœurs et aux usages des Romains, ne sauraient aujourd'hui entrer dans notre légis- lation française, qui, ne prescrivant point la tenue de registres domestiques, n'en fait, quand ils existent, que des titres tout personnels à celui qui les a écrits. On prétendrait vainement rattacher les règles du droit romain, à cet égard, aux prin- cipes supérieurs d'équité naturelle qui doivent toujours servir de complément au droit. Elle ne constituent, en effet, à pro- prement parler, que des règles de procédure qui se rappor-

(1) L. 5, C. *De edendo.*
(2) L. 8, C. *De edendo.*
(3) L. 8, C. *De edendo.*
(4) Merlin, Rép., v° *Compulsoire*, § 2.

tent à la manière de prouver les engagements. Le silence d Code civil sur ce point équivaut donc à la prohibitio absolue du droit, pour les parties, de demander la représei tation des registres domestiques, et de la faculté, pour le jug de l'ordonner d'office. Il n'y a enfin aucune distinction faire entre le cas où c'est le défendeur qui la demande pour trouver la mention du payement qu'il allègue, et celui où c'es le demandeur qui la réclame pour y puiser l'énonciation qui suivant lui, est destinée à suppléer en sa faveur le défaut d titre (1). Ainsi, il ne suffit pas de dire, comme la Cour de cas sation, que les juges ne sont pas tenus d'en ordonner la repré sentation (2); il est plus exact et plus vrai qu'ils n'en ont pa le pouvoir.

Dès lors, on prétend que la loi est imparfaite, que l'articl 1331 manque de sanction, puisqu'il n'accorde un droit qu pour le condamner aussitôt à l'impuissance dans son exercice en refusant à la partie intéressée le moyen d'obtenir la repré sentation des registres et papiers domestiques, qui, cepen dant, sont reconnus comme faisant preuve en sa faveur. Cette objection, exagérée dans ses termes, manque d'exactitude.

Les dispositions de notre article recevront, en effet, leur exécution toutes les fois que les registres et papiers domestiques seront librement et volontairement représentés. Elles pourront ensuite être également exécutées dans les divers cas où, suivant leurs droits (820, C. civ.; 909, 930, C. pr.), les créanciers, fondés en titre exécutoire ou autorisés par permission du juge, auront fait apposer les scellés sur les effets de leur débiteur, et constater dans l'inventaire l'existence et la teneur des registres et papiers domestiques trouvés sous les scellés (943). Il en sera de même encore lorsque les scellés ayant été apposés, ils y auront formé opposition, encore

(1) Zachariæ, t. 5, p. 686, n^te 7, 1re édit., et t. 8, p. 276, n^te 16, 4e édit.

(2) 15 fév. 1837. Sirey, 37, 1, 424.

'ils n'aient ni titre exécutoire, ni permission du juge (821, civ.; 926, 927, C. pr.).

Mais si, sans justifier d'ailleurs d'aucune qualité de créan-ers, des tiers prétendent requérir l'apposition ou la levée s scellés, ou s'y opposer, en se bornant à alléguer que les gistres et papiers domestiques du défunt ou de l'absent entionnent en leur faveur un acte de libération de leur part, ı contiennent une annotation destinée à suppléer, à leur profit, ur défaut de titre de créance, nous ne croyons pas qu'une emblable allégation puisse fonder leur intervention aux scellés t à l'inventaire (1). Quelque soit leur intérêt, il ne suffit pas, i la loi n'en a point fait résulter un droit formel en leur aveur, pour les autoriser à s'immiscer dans les secrets de la amille. Or, le Code civil, aussi bien que le Code de procé-ure, n'a nulle part consacré ce droit prétendu qui ne se onde que sur l'allégation d'un simple intérêt, non préala-blement justifié.

Il est enfin quelques autres cas où l'article 1331 recevra son application. Tels sont ceux où, dans le cours d'une instance, le demandeur ou le défendeur demande la communication des pièces dont la propriété est commune entre lui et son adversaire qui les détient, ou dont il est propriétaire personnellement. Or, sont réputés appartenir à celui qui en réclame la communication, les livres, notes, registres et autres papiers du tiers qui a administré tout ou partie des biens du premier, en qualité de gérant, de mandataire, d'administrateur, de receveur, en tant que ces livres et papiers établissent les faits de son administration. D'autre part, sont communs entre les héritiers et les légataires, ou entre les associés, les titres d'une succession ou d'une société (2). Les parties s'en doivent réciproquement la communication. Il en est de même des livres, papiers et registres que l'une des parties aurait tenus

(1) *Contrà*, Duranton, t. 13, n° 211. — Toullier, t. 8, n° 404.
(2) Toulouse, 9 juin 1877. Sirey, 78, 1, 444.

dans un intérêt commun, afin d'y établir les opérations et act dont il doit être rendu compte. Tels sont les livres de colonag que le propriétaire est dans l'habitude de tenir, autant da l'intérêt de son colon que dans le sien, en quelque sorte da un intérêt de société. Mais, hors ces cas, qui sont moins u exception que la consécration du droit même de propriété, n ne peut être régulièrement contraint de produire contre s des titres qu'il a en sa possession (1).

13. Quant aux écritures sur feuilles volantes, elles ne sa raient certainement avoir, à raison de leur défaut de fixité de stabilité, la même autorité que les énonciations des registr domestiques. Elles ne peuvent, en aucun cas, toutes seules indépendamment de tout complément de preuve, faire foi d leurs énonciations.

Mais ne peuvent-elles pas constituer, au moins, un com mencement de preuve? Il convient de distinguer à cet égar ainsi que le fait Pothier (2), entre celles qui tendent à établ la libération d'un tiers, et celles qui constatent une obligatio à la charge de la personne qui les a écrites.

S'agit-il, par exemple, d'une quittance non signée, écrite d la main du créancier; elle ne fera point, en général, foi com plète du payement qu'elle relate, alors même qu'elle se trouv en la possession du débiteur. On peut croire, ajoute Pothie qu'elle n'a été remise au débiteur que comme un simpl modèle, dont il se proposait d'apprécier la forme et la tene avant de réaliser le payement. Mais si les autres circonstanc de la cause tendent à établir que ce n'est que par omission qu la quittance, d'ailleurs parfaite, datée et toute simple, n'a pa été signée par le créancier, elle peut former un commenc ment de preuve écrite qui autorise l'admission de tous autr

(1) MERLIN, Rép., v° *Compulsoire*, § 2. — Voy. Cass., 17 fév 1869. SIREY, 69, 1, 160.

(2) *Oblig.*, n° 725.

oyens de preuve, et la délation du serment supplétif à la rtie qui se prétend libérée (1).

Que si cette quittance se trouve en la possession du créan-r, on comprend que cette circonstance en affaiblit singuliè-ment l'autorité, et qu'il est alors plus raisonnable de penser 'elle n'a été rédigée et même signée d'avance que dans l'at-nte d'un payement qui n'a pas été effectué. Car, si ce paye-ent avait eu réellement lieu, le créancier qui l'avait déjà essée dans ce but n'aurait pas manqué de la remettre au biteur, ni celui-ci de la retirer (2).

Quant aux écritures non signées sur feuilles volantes, qui ndent à établir une obligation à la charge de la personne de quelle elles émanent, alors même qu'elles sont en la posses-on de celui envers lequel l'obligation est prétendue contrac-e, elles ne font point preuve de l'engagement. On doit, en fet, naturellement présumer que la convention est restée parfaite et à l'état de simple projet (3). Il faudrait un con-urs de circonstances toutes particulières pour qu'elles issent établir un commencement de preuve écrite. Elles uvent, néanmoins, être considérées et prises comme telles, isqu'elles rentrent exactement dans la définition donnée ır l'article 1347. Mais les tribunaux doivent se montrer fort vères dans l'appréciation des écrits sur simples feuilles olantes.

Les billets et promesses, quelque parfaits qu'ils soient dans ur forme, ne font non plus aucune foi contre celui qui les a uscrits, lorsqu'ils se trouvent en sa possession, bien qu'ils e soient ni raturés ni quittancés. A moins de circonstances out exceptionnelles, on doit présumer, dans ce cas, qu'il les vait écrits d'avance, dans l'espérance que l'engagement rece-

(1) POTHIER, *ibid.* — TOULLIER, t. 8, n° 357. — ZACHARIÆ, t. 5, . 690, 1re édit., et t. 8, p. 278, 4e édit. — Voy. Dijon, 19 février 873. SIREY, 74, 2, 14.

(2) TOULLIER, t. 8, n° 350.

(3) POTHIER, *ibid.* — ZACHARIÆ, *ibid.* — TOULLIER, t. 8, n° 357.

vrait son entière perfection, ou qu'il les a retirés des main du créancier, en signe de sa libération, après les avoi acquittés (1).

14. Il nous reste à parler des lettres missives. Comme la lo n'a déterminé nulle part le degré de foi qui leur est due excepté dans les matières commerciales (109, C. comm.), le juges demeurent investis à leur égard d'un pouvoir souverai d'appréciation. Ils peuvent, en conséquence, les rejeter ou le admettre, suivant les circonstances, selon qu'elles leur parais sent n'établir aucune preuve, ou constituer un commencemen de preuve écrite, qu'il reste à parfaire au moyen de témoin ou de présomptions (2).

La seule difficulté théorique qui puisse être soulevée, en ce qui touche les lettres missives, est relative à leur communication en justice. En principe et par le fait même de leur réception, elles deviennent la propriété de celui à qui elles ont été destinées et adressées. Néanmoins, cette propriété n'est pas absolue, et il n'en résulte point un droit de disposition pleine et entière. Si, en effet, la lettre est tout à fait confidentielle, si le secret a été recommandé à la personne à qui elle a été remise, son droit de propriété est subordonné lui-même, dans son exercice, aux conditions de discrétion et de secret qui lui ont été imposées. Elle ne pourra donc, contrairement à la volonté de celui qui la lui a adressée, la représenter et la communiquer en justice. Autrement, elle violerait par une révélation indiscrète, le contrat qui la lie, et commettrait, en manquant ainsi à ses devoirs, la plus perfide et la plus odieuse trahison de la confiance privée (3).

Mais si la lettre est une simple lettre d'affaires, si elle se

(1) DURANTON, t. 13, n° 194. — TOULLIER, t. 8, n° 349.

(2) Cass., 31 mai 1842. SIREY, 42, 1, 490. — 3 fév. 1873. SIREY, 73, 1, 313.

(3) Voy. Toulouse, 6 juillet 1880. SIREY, 81, 2, 115, — Cass., 9 fév. 1881. SIREY, 81, 1, 193

rattache à l'existence ou à l'interprétation d'engagements juridiques, si elle doit servir à expliquer les rapports et les relations des parties dans les actes, conventions ou dispositions qu'il s'agit d'apprécier, elle peut alors régulièrement être produite et communiquée en justice par celui auquel elle a été adressée, bien que son adversaire s'y oppose, et qu'en l'écrivant il ne l'ait pas destinée à une semblable divulgation.

Quant aux tiers, les lettres confidentielles sont, à leur égard, inviolables, et ils ne peuvent s'en prévaloir en justice, ni les produire comme fondement ou preuve de leurs droits prétendus, contre le vœu de celui à qui elles sont adressées, ou lorsqu'il en a été illégalement dessaisi (1). Il suffit que celui qui en est propriétaire s'y oppose, pour que la communication n'en puisse être demandée ni ordonnée. Le secret des lettres doit être alors inviolablement observé.

Mais si la personne à qui la lettre a été adressée consent à la communication en justice, ce consentement de sa part lève tous les obstacles, et les tiers sont, dès lors, autorisés à en faire usage, comme elle en a le droit elle-même.

Il ne saurait même y avoir d'exception, quant à la nécessité du consentement de la personne à qui les lettres ont été adressées, dans le cas où les tiers qui demandent la communication et la production de la correspondance, prétendent y trouver la preuve d'un concert frauduleux dont ils se disent victimes. Les allégations de dol et de fraude, quelque fondées qu'elles puissent paraître de leur part, n'autorisent point le juge à ordonner la violation du secret des lettres, et à ménager ainsi, au profit des tiers, des moyens d'attaque ou de défense contre

(1) Merlin, Rép., v° *Lettre*, n° 6. — Zachariæ, t. 5, p. 622, 1re édit., et t. 8, p. 290, 4e édit. — Cass., 4 janv. 1821. Sirey, 22, 1, 33. — 12 juin 1823. Sirey, 23, 1, 394. — 3 juill. 1850. Sirey, 50, 1, 705. — 5 avril 1853. Sirey, 53, 1, 649. — 5 mai 1858. Sirey, 58, 1, 535. — 21 juill. 1862. Sirey, 62, 1, 926. — 26 juillet 1864. Sirey, 65, 1, 33. — Rouen, 23 mars 1864. Sirey, 64, 2, 143. — Dijon 11 mai 1870. Sirey, 72, 2, 38. — Rennes, 26 juin 1874. Sirey, 75, 2, 34. — Cass., 23 mai 1875. Sirey, 75, 1, 197.

ceux-là mêmes au préjudice desquels cette violation aurait e lieu (1). Si la Cour de Riom (2) a décidé le contraire, ce n'e que par suite des circonstances particulières de la cause, tell que la divulgation antérieure de la correspondance, la con munication qui en avait été faite à d'autres par les intéressé et l'autorisation tacite d'en faire usage qui était censée e résulter de la part de quelques-uns d'entre eux.

Lorsque la lettre est entièrement confidentielle; que l secret a été recommandé au correspondant, ou que cett recommandation, sans être expresse, résulte du contenu de l lettre; que, par exemple, sa publication est de nature à nuir à l'honneur, à la considération soit de celui qui l'a écrite, o de sa famille, ou de personnes étrangères qu'il doit ménager il ne suffirait pas, pour que les tiers fussent admis à la pro duire en justice, que celui auquel elle a été adressée y consen tît personnellement. Il faut, en outre, le consentement de celu qui l'a écrite et envoyée. Mais ce consentement peut êtr tacite, c'est-à-dire résulter d'actes de sa part qui impliquen et supposent son adhésion. Car il ne suffirait pas qu'il ne s'y opposât point; il faut que son consentement soit rapporté d'une manière ou d'une autre. Dans le cas contraire, nonobstant le consentement de la personne à qui la lettre a été adressée, le juge doit en refuser la communication, et en maintenir le secret, soit qu'il résulte d'une recommandation expresse, ou de la nature purement confidentielle de l'écrit (3).

Bien qu'en principe les lettres confidentielles soient inviolables à l'égard des tiers, et que ceux-ci ne puissent s'en prévaloir en justice contre la volonté de ceux à qui elles ont été adressées, cependant, si celui qui les invoque les détient sans fraude, et qu'elles aient été écrites dans son intérêt personnel (4), ou dans un intérêt qui lui est commun avec la per-

(1) Nancy, 11 mars 1869. Sirey, 69, 2, 113.

(2) 8 janv. 1849. Sirey, 49, 2, 460.

(3) Zachariæ, t. 5, p. 622, 1re édit., et t. 8, p. 291, 4e édit.

(4) Cass., 3 juill. 1850. Sirey, 50, 1, 705. — Lyon, 16 fév. 1854. Sirey, 54, 2, 420.

ne à qui elles ont été adressées (1), elles peuvent alors
ulièrement être produites en justice, sans le consentement
cette dernière, et constituer un commencement de preuve
écrit.

Article 1332.

L'écriture mise par le créancier à la suite, en marge ou au
d'un titre qui est toujours resté en sa possession, fait foi,
oique non signée ni datée par lui, lorsqu'elle tend à établir
libération du débiteur. — Il en est de même de l'écriture
se par le créancier au dos, ou en marge, ou à la suite du
uble d'un titre ou d'une quittance, pourvu que ce double
t entre les mains du débiteur.

Sommaire.

. Des annotations au dos, à la marge ou à la suite du titre.
. L'article 1332 ne s'applique qu'aux mentions libératoires.
. Opinion de Pothier rejetée par les rédacteurs du Code. Controverse.
. Comment le débiteur peut prouver qu'elles émanent du mandataire du créancier. Moyens de preuve admissibles.
En quel sens le titre doit-il être toujours resté en la possession du créancier?
Ces annotations peuvent, au besoin, établir un commencement de preuve écrite.
Les mentions datées et signées n'ont pas plus de valeur que les autres.
Hypothèse prévue par le § 2 de l'article 1332. Vices de rédaction.
Les mentions libératoires ne font foi que sauf preuve contraire. Moyens de preuve alors admissibles.
Des annotations barrées, supprimées, effacées.
Des mentions écrites au dos à la suite ou à la marge du titre, tendant à établir une obligation. Distinctions.
Des quittances.
Suite. Questions diverses d'interprétation.
Les quittances en forme sont un titre parfait proprement dit.

1) Zachariæ, t. 5, p. 622, 1re édit., et t. 8, p. 292, 4e édit. — s., 19 juill. 1843. Sirey, 44, 1, 236.

COMMENTAIRE.

1. Il arrive fréquemment que le créancier appose sur l titre constitutif de sa créance certaines annotations, soit à l suite, à la marge ou au dos de l'acte. Il semble alors que ce annotations fassent, à son égard, partie intégrante de son titre puisqu'il ne peut désormais être produit sans qu'elles le soien en même temps. Or, quelle en est la valeur, comme élément juridiques de preuve? C'est ce que détermine l'article 1332.

« L'écriture mise par le créancier à la suite, en marge o au dos du titre (authentique ou privé), qui est toujours rest en sa possession, fait foi, dit-il, quoique non datée ni signé par lui, lorsqu'elle tend à établir la libération du débiteur. Nous devons insister sur chacune des diverses conditions sou lesquelles ces mentions, ni datées ni signées, sont admises faire foi en justice des faits qu'elles énoncent.

2. Nous remarquerons d'abord que notre article ne s'ap plique qu'à l'écriture qui tend à établir la libération du débi teur, par exemple, un payement reçu. Alors donc qu'elle tend à établir une obligation à la charge du créancier de qui ell émane, elle cesse de faire foi, et peut tout au plus être admise comme formant contre lui un commencement de preuve écrite Ainsi, l'article 1332 n'est applicable qu'aux mentions libéra toires, et, par ces expressions, il faut entendre seulement celles qui mentionnent un payement de tout ou partie de la dette, une remise ou une réduction du capital ou des intérêts, le résultat d'une compensation légale ou conventionnelle, en un mot, la libération partielle ou totale du débiteur.

3. Mais ces annotations libératoires elles-mêmes ne font foi contre le créancier que sous certaines conditions qui résultent formellement du texte de l'article 1332. Il faut que l'écriture émane du créancier, et, en outre, que le titre soit toujours resté en sa possession.

Cependant Pothier (1) pensait que les quittances écrites au ›s ou au bas du titre faisaient une pleine preuve du payeent, non-seulement lorsqu'elles étaient écrites de la main du ·éancier, mais encore de quelque main qu'elles fussent écri-;s, fût-ce même de celle du débiteur, parce que, dit-il, il est ·lus que probable que le créancier n'aurait pas laissé écrire ›s reçus sur le billet qui était en sa possession, si ces payeients ne lui avaient pas été faits effectivement. Le texte de article 1332 suffit pour établir que le législateur moderne n'a ›as entendu consacrer cette opinion de Pothier.

Plusieurs auteurs (2), qui ont écrit sous le Code civil, ıe laissent pas, néanmoins, de penser qu'elle doit être encore naintenant suivie; et, comme les termes formels de l'article 1332 repoussent une semblable doctrine, ils n'hésitent pas à ıccuser le législateur d'inexactitude dans l'expression de son intention véritable. On conviendra que c'est un moyen commode d'interprétation, que celui qui consiste à prêter d'abord au législateur sa propre pensée, et à en trouver ensuite la consécration dans une disposition qui exprime tout le contraire, en se bornant à dire que le législateur s'est trompé dans sa rédaction. Mais, au moins, la discussion législative de l'article 1332 établit-elle qu'il ait entendu consacrer l'opinion de Pothier? Il n'en est rien, et le contraire résulte plutôt des changements de rédaction qui ont été opérés.

L'article du projet était ainsi conçu : « L'écriture sous seingprivé mise à la suite, en marge ou au dos d'un titre, qui est toujours resté en la possession du créancier, quoique non datée ni signée par celui-ci, fait foi, alors qu'elle tend à établir la libération du débiteur. Il en est de même de l'écriture mise au dos, ou en marge, ou à la suite d'un double, d'un titre ou d'une quittance qui est entre les mains du débiteur. » On voit en quoi

(1) *Oblig.*, n° 726.

(2) Duranton, t. 13, n° 213. — Toullier, t. 8, n° 353. — Bonnier, n° 609.

cette rédaction diffère de celle qui a été définitivement adoptée. La différence consiste surtout dans l'addition de ces mots mise par le créancier; et l'on ne saurait en faire abstraction dans l'explication de notre article.

Il est sans doute possible que le législateur moderne ait eu l'intention de suivre l'opinion de Pothier, et qu'il ait, par inadvertance, exigé que l'écriture émanât également du créancier lorsque le titre est resté en sa possession, bien que cette condition ne soit indiquée par Pothier (1), et ne dût l'être conséquemment, dans le second paragraphe de l'article 1332, que pour le cas où le titre est entre les mains du débiteur. Quoi qu'il en soit, nous sommes aujourd'hui en présence d'un texte clair et formel. Il exige, dans le premier comme dans le second cas, que l'écriture émane du créancier. Et vainement on alléguera une intention soi-disant contraire de la part du législateur, laquelle, d'ailleurs, est loin d'être prouvée par les débats préparatoires; il suffira de répondre que, s'il est permis de l'invoquer pour interpréter une disposition obscure et ambiguë, on ne peut la substituer arbitrairement à une disposition nette et précise, alors surtout que cette disposition est de droit rigoureux.

N'est-il pas, au surplus, possible d'expliquer et de justifier les changements de rédaction qu'a subis l'article 1332? Les dispositions du Code civil ne sont-elles pas préférables à l'opinion de Pothier? Remarquons en effet, d'abord, qu'il s'agit ici de la foi due à une écriture qui, à défaut de signature, ne constitue pas un acte proprement dit. Elle n'a donc pas, par elle-même, la même foi qui est due à un acte en forme et régulier, ou, du moins, elle ne fait preuve du fait qu'elle énonce que dans la mesure et sous les conditions déterminées par la loi. Or, n'est-ce pas déjà une grande concession faite à l'écriture non signée, que de lui reconnaître une autorité pleinement probante, lorsqu'elle émane du créancier; et ne

(1) *Oblig.*, n° 728.

s ait-ce pas s'exposer au danger de consacrer le dol et la f ude, que d'attribuer la même foi à l'écriture qui émane d'un t s étranger, ou même du débiteur lui-même? La seule rai- s que Pothier donne de son opinion, c'est qu'il est plus pro- l le que le créancier n'aurait pas laissé écrire la mention d n payement reçu sur le billet qui était en sa possession, si l payement ne lui avait pas été fait. Cette considération n'est rtainement pas sans valeur, et l'argument de fait qu'on en e n'est pas sans quelque portée. Mais cette circonstance a s bien pu paraître au législateur moderne insuffisante pour ablir une présomption légale de payement en faveur du biteur, lorsque l'écriture qui le mentionne au dos, à la marge à la suite du titre, n'émane pas du créancier. Divers acci- nts, tels que l'absence, la maladie, la connivence d'un tiers, e soustraction frauduleuse, peuvent faire sortir, momenta- ément et à son insu, son titre de sa possession, et ménager r là au débiteur le moyen d'y mentionner de sa main ou de lle d'un tiers les faits de libération qu'il se propose d'invo- uer plus tard. Le danger est même plus grave, si l'on sup- ose que le créancier est illettré. Ainsi peuvent s'expliquer et justifier les dispositions de l'article 1332 (1).

Ajoutons que le débiteur pourra toujours demander au créan- ier des explications sur l'écriture et les circonstances de ces nentions libératoires, et que les réponses fournies par ce der- ier seront souvent de nature à constituer un commencement le preuve par écrit; par exemple, au cas où il reconnaîtrait ue ces mentions ont été écrites par un tiers ou par le débiteur ui-même, de son aveu et consentement. Il ne reste plus qu'à compléter ce commencement de preuve par les présomptions résultant des circonstances de la cause. Mais remarquons bien que la preuve se fait alors d'après les principes ordinaires, et en dehors des dispositions de l'article 1332.

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 687, nte 9, 1re édit., et t. 8, p. 279, nte 18, 4e édit. — MARCADÉ, art. 1332, no 3.

4. Que si l'écriture mise à la suite, à la marge ou au dos titre émane d'un tiers, le débiteur sera, toutefois, bien fon à offrir la preuve que ce tiers n'a agi que comme mandatai du créancier (1). Mais ce sera à lui à prouver préalableme l'existence d'un mandat exprès ou tacite ; et alors l'annotati libératoire fera preuve du fait qu'elle énonce en sa faveu comme si elle émanait du mandant lui-même.

Il sera même admis à établir le mandat, à l'aide d'autres él ments légaux de preuve que ceux qui seraient exclusiveme recevables dans le cas où il s'agirait de prouver directeme le fait de libération mentionné à la suite, à la marge ou au do du titre; c'est-à-dire qu'il ne lui faudra pas nécessaireme une preuve écrite ou un commencement de preuve par écri et que la preuve testimoniale ou les simples présomption seront légalement suffisantes. Vainement lui objecterait-o qu'il demande à prouver indirectement outre et contre le co tenu du titre, en offrant la preuve d'un mandat dont l'exis tence prouvée peut seule donner foi aux mentions libératoire écrites de la main d'un tiers; qu'il doit, conséquemment, s conformer aux principes généraux concernant la preuve puisque, autrement, il aurait un moyen facile d'éluder le prohibitions de la loi, quant à l'admissibilité de la preuve tes timoniale. La vérité est qu'ils se trouve dans l'une des excep tions prévues par la loi, et que s'il a pu se procurer une preuve écrite du fait de libération qu'il allègue, en payant directement entre les mains de son créancier, il est toujours en droit, comme tiers auquel il n'a pas été possible de s'en procurer une preuve par écrit, d'établir l'existence du mandat qu'il dit être intervenu entre son créancier et l'auteur de l'annotation, soit au moyen de la preuve testimoniale, soit à l'aide de simples présomptions. Moyennant la preuve de ce mandat, la mention est censée émanée du créancier lui-même, puisqu'il a été représenté par son mandataire, et foi lui est due tout

(1) Toullier, t. 8, nº 354.

mme s'il s'agissait d'une quittance dont la régularité fût rfaite quant à la forme.

5. La seconde condition exigée par l'article 1332 pour que s mentions libératoires fassent foi en faveur du débiteur, c'est ie le titre soit toujours resté en la possession du créancier. ce sujet, nous remarquerons d'abord que, dans l'opinion de othier, il fallait bien que le titre se trouvât et fût toujours sté en la possession du créancier, puisque cet auteur admetit comme preuve de libération les mentions écrites même par n tiers ou par le débiteur lui-même, et qu'il ne les admettait u'à raison même de cette possession non interrompue. Mais n comprend que, le Code civil n admettant que les annoations libératoires émanées du créancier, cette continuité e possession doit naturellement avoir aujourd'hui une moins lécisive influence. Nous croyons donc que ce n'est que par nadvertance et irréflexion que le législateur moderne a répété es expressions de Pothier, dont il venait cependant de repousser la doctrine. Mais la loi est formelle, et il ne s'agit plus que l'en fixer le véritable sens.

Ses termes qui, de la possession non interrompue du titre par le créancier, font une condition de la foi due aux annotations libératoires, ne laissent pas d'avoir leur importance. Ils ne servent pas seulement à caractériser l'hypothèse pour laquelle le paragraphe 1er de l'article 1332 a été édicté, tandis que le second paragraphe prévoit le cas où la pièce qui porte ces mentions est entre les mains du débiteur. Ils ont encore une autre portée ; et voici la seule signification que nous puissions leur donner.

La possession actuelle du titre par le créancier fait supposer de droit sa possession ancienne et non interrompue. Ce sera donc à lui qu'incombera la charge de prouver qu'il n'a pas toujours été en possession du titre, et que l'acte a passé momentanément, dans tel ou tel but, dans les mains de tiers étrangers. Or, que doit-on entendre ici par tiers? Rigoureuse-

ment, on ne devrait pas considérer comme tels ceux auxque le créancier aurait remis son titre pour en opérer le recou vrement; car ils sont ses mandataires, et, en cette qualité, i sont réputés posséder pour lui-même, de telle sorte que l titre est censé être toujours resté en sa possession. Il sembl cependant, que ce soit la seule hypothèse dans laquelle o puisse trouver quelques raisons capables de justifier et d'ex pliquer les dispositions de notre article. En effet, lorsque l créancier aura remis son titre à un tiers pour en opérer l recouvrement, après y avoir apposé, suivant un usage asse ordinaire, à la marge, au dos ou à la suite, un pour acquit une quittance, une mention libératoire quelconque, les anno- tations perdront naturellement une grande partie de leu autorité. Il est alors à présumer qu'effectivement ces mentions n'y ont été mises que dans la pensée que le payement aurait réellement lieu; et la rentrée du titre dans les mains du créan- cier fait supposer qu'il n'a pas été effectué. Voilà pourquoi les annotations cessent, dans ce cas, de faire preuve complète de la libération du débiteur (1).

Mais cette explication, si elle se borne là, ne nous satisfait pas pleinement. Si, en effet, ces mentions cessent alors de faire foi, ce n'est pas seulement parce que le titre n'est pas toujours resté en la possession du créancier; c'est encore et surtout parce que ce titre est sorti de ses mains dans un but particulier, pour une destination spéciale, qui tend à infirmer la présomption de droit résultant en faveur du débiteur de l'existence de ces annotations. Il ne suffira donc pas que le créancier établisse que le titre est sorti de ses mains; il faudra qu'il explique, en outre, pourquoi, comment il en est sorti, et que l'interruption même de sa possession se rattache à une opération qui avait pour objet le recouvrement de la créance.

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 687, n^te 9, 1re édit., et t. 8, p. 279, n^te 18, 4e édit. — *Contrà*, TOULLIER, t. 8, n° 353. — DURANTON, t. 13, n°s 214 et 215.

e n'est que dans ce cas, et avec le concours de ces explica-
ons, que les mentions libératoires cessent de faire foi contre
i.

Entendues autrement, les dispositions de l'article 1332 con-
uiraient à des conséquences que la raison ne peut admettre.
upposez que le créancier se soit dessaisi de son titre, par
xemple, pour une communication en justice, par suite d'un
épôt volontaire ou nécessaire, d'une remise en nantissement,
'un mandat général d'administration, par tout autre motif
nfin que le recouvrement de la créance; il serait souverai-
ement déraisonnable de prétendre, sous le seul prétexte qu'il
'en a pas toujours conservé la possession, que les mentions
ibératoires ne font pas preuve en faveur du débiteur. Il est
lus vrai alors qu'il est toujours resté en possession du titre
ar les mains des tiers qui, ne le possédant que pour lui et en
on nom, ont, en fait et en droit, continué sa possession per-
onnelle.

La vérité de nos observations devient encore plus sensible,
si l'on suppose que les mentions existaient déjà sur le titre, et
se référaient à des faits accomplis, lorsque la possession du
créancier a été interrompue. Enfin, si elles n'y ont été mises
que depuis qu'il a recouvré et continué ensuite, sans interrup-
tion, la possession de son titre, elles font incontestablement
foi en faveur du débiteur.

C'est par application du même principe que nous avons décidé plus haut que les mentions écrites par le mandataire du créancier font également foi de la libération, bien que, évidemment, ce dernier ne soit point, dans ce cas, toujours resté en possession de son titre. Mais ici encore le mandataire a possédé pour lui, et la cause de l'interruption de sa possession ne se rattache, par son objet, à aucune circonstance particulière qui affaiblisse la foi due à ces annotations libératoires.

6. Au surplus, dans le cas même où elles ne font pas preuve complète, elles peuvent suffire pour former un commencement

de preuve écrite, qui permet au débiteur de la compléter au moyen de la preuve testimoniale ou des présomptions ordinaires. Ce point ne saurait souffrir aucune difficulté.

7. L'article 1332 ne parle que d'écritures non datées ni signées par le créancier. Quant à celles qui seraient datées et signées, elles n'ont ni plus ni moins d'autorité que les premières, lorsque le titre se trouve en la possession du créancier. C'est ce qui résulte de ses termes, qui établissent virtuellement une assimilation exacte entre les unes et les autres, puisqu'il déclare formellement ne faire aucune distinction au préjudice de celles qui ne sont ni datées ni signées, nonobstant cette absence de date et de signature.

8. Le second paragraphe de notre article prévoit une hypothèse différente. Il suppose le cas où l'acte qui contient les annotations libératoires est entre les mains du débiteur. Mais sa rédaction, ainsi que la remarque en a été faite par tous les auteurs (1), est incorrecte et obscure. « Il en est de même, dit-il, de l'écriture mise par le créancier au dos, ou en marge, ou à la suite du double d'un titre ou d'une quittance, pourvu que ce double soit entre les mains du débiteur. » Il serait beaucoup plus exact de dire....., à la suite d'une quittance ou du double d'un titre, pourvu que ce double se trouve entre les mains du débiteur. Car les quittances ne se délivrent point en double, et notre article semble supposer le contraire. Voilà un premier vice manifeste de rédaction.

D'autre part, ces mots, pourvu que le double soit entre les mains du débiteur, semblent en faire une condition essentielle de la foi due aux annotations libératoires qui existent sur le double d'un titre, de telle sorte que, si ce double était entre les mains du créancier, elles cesseraient de faire foi. Dans tous les cas, une semblable interprétation, ainsi que nous l'expli-

(1) Toullier, t. 8, nº 353. — Zachariæ, t. 5, p. 689, nte 10, 1re édit., et t. 8, p. 281, nte 19, 4e édit. — Marcadé, art. 1332.

ons plus bas, serait entièrement erronée. Enfin, le texte de tre article semble décider que les annotations mises par le ancier au dos ou à la suite d'une quittance, ne font foi que a quittance, comme le double du titre, est en la possession débiteur. C'est encore là une erreur d'interprétation.

Reprenons, en effet, maintenant, l'hypothèse de notre paraaphe. Il s'agit toujours de mentions écrites par le créancier, tendant à établir la libération du débiteur. Mais ces menons libératoires, au lieu d'être mises à la suite, en marge ou dos du titre le sont à la suite, en marge ou au dos d'une uittance ou du double d'un titre, tel qu'un acte de vente, ou échange. Or, suivant l'article 1332, ces annotations font galement preuve de la libération du débiteur, quand la quitnce ou le double du titre se trouvent en sa possession. Ce oint est incontestable.

Et il doit en être de même lorsque les annotations sont crites par le mandataire du créancier, ainsi que nous l'avons éjà expliqué, ou lorsque la quittance ou le double du titre se ouvent en la possession du mandataire, du dépositaire ou de ut autre détenteur au nom et à la place du débiteur.

Quant au double du titre, s'il est en la possession du créaner, et qu'il y soit toujours resté, on retombe alors dans l'hyothèse prévue par le premier paragraphe de notre article, et s annotations qui y ont été écrites par le créancier auquel appartient, font preuve de la libération du débiteur, conforément à l'interprétation que nous avons donnée plus haut ces dispositions (1).

Que si les annotations sont écrites par le créancier ou son andataire sur le double appartenant au débiteur (et telle est ypothèse spéciale du second paragraphe de notre article), les ne font pas foi de la libération de ce dernier, dans le s où le double n'est pas en sa possession. La loi suppose ors que le créancier a retenu le titre, parce que le débiteur

(1) DURANTON, t. 13, n° 218. — ZACHARIÆ, *ibid.*

n'a pas réalisé l'acte de libération en vue duquel le doul avait été remis (1).

Quant aux annotations mises par le créancier sur une qu tance en forme précédemment fournie, elles font foi lorsqu'el tendent à établir la libération du débiteur, indistinctemei soit que la quittance se trouve entre les mains du créanci ou du débiteur. Vainement dirait-on, pour établir qu'elles i font foi que lorsque la pièce est en la possession du débiteu qu'elles ont été écrites en vue d'un fait de libération qui n pas été consommé, et que c'est pour cela que le créancier gardé la quittance (2). Cette présomption est toute naturel lorsqu'il s'agit d'une quittance principale destinée à êtr remise au débiteur. Mais il n'en est plus ainsi dans le cas o une quittance de cette nature préexiste et porte à sa suite un annotation nouvelle libératoire. La présomption est alors qu cette mention n'y a été mise qu'à la suite et en conséquenc du payement consommé. Aussi, l'article 1332 n'exige-t-il pa que cette quittance se trouve en la possession du débiteur comme il le veut pour le double du titre qui appartient au débiteur. Sur ce point, son texte est formel, malgré son amphibologie apparente. Car il est impossible, et il serait absurde, au point de vue de son texte littéral, d'appliquer à la quittance ces mots, pourvu que le double soit entre les mains du débiteur (3).

Il y a donc, en résumé, à distinguer d'abord entre la quittance et le double du titre, et ensuite entre le double du titre qui appartient au créancier et celui qui appartient au débiteur. C'est ce double seul qui doit être aux mains du débiteur pour faire foi de sa libération. Ainsi entendu, le second paragraphe n'est point en contradiction avec le premier, quoi qu'en dise M. Toullier, qui l'entend d'une manière différente (4).

(1) Marcadé, art. 1332, nº 4.
(2) Marcadé, art. 1332, nºs 4 et 5.
(3) Duranton, t. 13, nº 218. — Zachariæ, t. 5, p. 688, 1re édit., et t. 4, p. 280, 4e édit.
(4) T. 8, nº 353.

. Bien que l'article 1332 dispose que les mentions libéra-t·es écrites par le créancier à la suite, à la marge ou au dos d titre qui est toujours resté en sa possession, ou d'une quit-t ce antérieure, ou du double d'un titre qui se trouve entre l mains du débiteur, font foi de la libération de ce dernier, c)endant ces expressions ne signifient point que le créancier quel elles sont opposées ne puisse, sans le secours d'un mmencement de preuve par écrit, prouver contre et outre ır teneur, en établissant, au moyen de la preuve testimoniale . de simples présomptions, qu'elles n'ont été écrites par lui ıe par erreur ou inadvertance. Elles forment sans doute, par les-mêmes, un titre suffisant; mais elles ne constituent point ı acte proprement dit, pas plus que les registres et papiers ›mestiques.

Cette observation est d'une vérité plus sensible, lorsqu'elle ıpplique à l'écriture mise sur le titre qui est toujours resté ı la possession du créancier, parce que alors cette écriture ;t un fait simplement unilatéral de la part de ce dernier, et ue, conséquemment, elle ne peut être invoquée par le débi-›ur comme un titre parfait, tel que le serait une quittance ou ›ut autre acte dont la rédaction témoignerait d'un commun ccord entre les parties.

Quant aux mentions libératoires écrites par le créancier sur ne quittance ou le double d'un titre qui se trouve entre les ıains du débiteur, on voudrait vainement les placer sur une utre ligne, et, par suite, empêcher le créancier d'établir par émoins ou par présomptions, sans commencement de preuve crite, qu'elles sont le résultat d'une erreur de sa part (1). De e que la quittance ou le double du titre est dans les mains lu débiteur, il ne s'ensuit nullement que les mentions qui s'y rouvent au dos, à la suite ou à la marge, constituent un acte égulier proprement dit, en l'absence de la signature du créan-

(1) *Contrà*, ZACHARIÆ, t. 5, p. 691, n^te 14, 1re édit., et t. 4, p. 282, ^te 23, 4e édit.

cier, car c'est elle seule qui forme le titre parfait. Il résult il est vrai, de sa possession, qu'il a accepté ces annotation et, sous ce rapport, on peut dire que l'écriture n'est pas l'œ vre spontanée du créancier, qu'elle a tous les caractères ext rieurs d'un fait conventionnel. Mais elle ne les a, après tou que comme elle peut les avoir, c'est-à-dire sans l'autorité qu s'attache à la signature. Du reste, le débiteur aura à se repr cher, s'il est obligé, à défaut d'une preuve suffisante de sa lib ration, de payer deux fois, de ne pas avoir exigé une quittanc plus régulière et signée.

10. Les annotations mises par le créancier sur le titre qu est toujours resté en sa possession ne cessent pas de faire fo en faveur du débiteur, quoiqu'elles aient été raturées et bar rées. Elles forment à son profit un droit acquis au fait de libé ration qu'elles constatent (1); mais le créancier à qui on le oppose peut tirer de cette circonstance un argument de fai pour infirmer la foi qui leur est due.

Que si elles sont barrées et raturées de manière à être complètement illisibles, elles n'ont dès lors, nécessairement, aucune espèce de valeur (2). Elles ne peuvent servir de commencement de preuve par écrit, autorisant le serment supplétif, sauf au débiteur à provoquer et à obtenir, de la part du créancier, quelque aveu ou déclaration qui lui en tienne lieu (3).

Il en serait de même au cas où le débiteur alléguerait que le créancier a supprimé une annotation libératoire, soit en coupant la partie du papier où elle était écrite, soit en faisant disparaître l'écriture au moyen de procédés chimiques. Ce fait d'altération, fût-il prouvé, n'équivaudrait pas à un commen-

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 726. — Zachariæ, t. 5, p. 689, 1re édit. — Duranton, t. 13, n° 221. — *Contrà,* Toullier, t. 8, n° 356. — Zachariæ, t. 8, p. 281, nte 21, 4e édit.

(2) Zachariæ, *ibid.*

(3) *Contrà,* Duranton, t. 13, n° 216.

ment de preuve écrite, si d'ailleurs les explications ou déclations du créancier ne fournissaient quelque vraisemblance. utrement, le débiteur arriverait indirectement à prouver par moins ou présomptions, contrairement aux prohibitions de loi, un fait de libération qu'il ne pourrait pas établir ainsi irectement. C'était à lui à retirer une quittance en forme, et ne pas se contenter de semblables mentions.

Si l'écriture mise par le créancier sur la quittance ou le louble qui se trouve en la possession du débiteur était effacée, raturée ou barrée, elle n'aurait aucune valeur. Car on doit naturellement présumer que les ratures ont eu lieu, parce que le fait énoncé ne s'est pas accompli, et qu'autrement le débiteur, possesseur de la pièce, ne l'eût pas souffert. L'état matériel de l'acte proteste ainsi contre la quittance qu'on prétendrait en induire (1), à moins que le débiteur ne prouve que les ratures ont été faites imprudemment ou malicieusement par un tiers.

11. Le Code ne s'est point occupé des écritures non signées qui, étant mises à la suite, à la marge ou au dos du titre ou du double du titre, tendent à établir, non plus la libération du débiteur, mais une obligation. Quelle sera la valeur de ces sortes d'écritures?

Nous renvoyons d'abord à ce que nous avons dit plus haut (2) des renvois et apostilles ; puis nous ferons, d'après Pothier (3), une distinction : Si ces écritures ont un rapport, une relation avec le titre principal, et qu'elles soient écrites de la main de l'obligé, elles font foi contre lui, comme faisant partie intégrante de l'acte. Tel est le cas où, à la suite d'une obligation pécuniaire que j'ai contractée envers vous, j'ajoute de ma main, sans signer, que je reconnais vous devoir, en outre, la somme de... ou les intérêts de la somme déjà due.

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 727. — Duranton, t. 13, n° 220.
(2) Art. 1325, n° 2.
(3) *Oblig.*, n° 728.

Il en serait de même si, à la suite d'un acte de vente ou de bail, il était écrit de la main du vendeur ou du bailleur, que telle chose est comprise dans le contrat; ou, de la main de l'acheteur ou du preneur, que le prix est porté à la somme de..., ou qu'il s'oblige, en outre, à telle ou telle autre chose. Ce *postscriptum* ferait foi contre la partie de laquelle il émane, au même titre que l'acte principal lui-même, qu'il complète et explique (1).

Mais si ces mentions étaient écrites de la main de celui qui se prétend créancier, ou de la main d'un tiers étranger, elles ne pourraient obliger celui à la charge duquel elles établissent une obligation, quelque relation qu'elles aient avec l'acte. Elles ne feraient même pas foi dans le cas où le titre à la suite duquel elles ont été mises, serait en la possession de l'obligé. Si Pothier (2) exprime l'opinion contraire, ce n'est là qu'une conséquence de sa doctrine, non reproduite par les rédacteurs du Code, et que nous avons déjà combattue, au sujet des mentions libératoires.

Quant aux autres écritures non signées, qui se trouvent à la suite, en marge ou au dos d'un acte, et n'ont avec lui aucune espèce de relation, elles n'ont d'autre valeur que celles que nous avons attachée aux énonciations écrites sur simples feuilles volantes (3). Elles ne peuvent, en conséquence, valoir que comme commencement de preuve par écrit, si elles émanent de celui auquel on les oppose.

12. Le Code civil a également gardé un silence absolu sur les quittances. On entend par là tout acte authentique ou sous seing-privé destiné à constater l'exécution totale ou partielle d'un engagement, et, par suite, la libération du débiteur. Lorsque ces actes ont lieu sous signature privée, ils ne sont soumis à aucune condition de forme particulière. Il

(1) Toullier, t. 8, n° 355. — Duranton, t. 13, n° 222.
(2) *Oblig.*, n° 728.
(3) Pothier, *Oblig.*, n° 729.

uffit que le créancier qui reçoit payement y appose sa ignature.

Mais leur teneur donne souvent lieu, dans la pratique, à des questions très délicates d'interprétation, qui toutes, en définitive, se résument dans des questions de quotité et d'application. Qu'est-ce que le débiteur a payé? Sur quelle dette le payement doit-il s'imputer?

13. Lorsque la quittance exprime la cause de la dette et le montant de la somme payée, aucune difficulté ne saurait s'élever, soit qu'elle énonce ou non la date.

Mais elle est également valable lorsqu'elle n'exprime aucune cause; lorsqu'elle est, par exemple, conçue dans ces termes : Reçu d'un tel la somme de..., Limoges, le 7 mars 1851. Seulement, il peut y avoir lieu à une question d'imputation, ou à une répétition de l'indû en totalité ou en partie.

Elle peut aussi exprimer la cause de la dette sans énoncer la somme payée : Reçu d'un tel ce qu'il me doit pour vente de tel héritage. Cette expression de la cause contient imputation, et en même temps réserve des autres créances.

Mais s'il s'agit d'obligations consistant en arrérages de loyers, de rentes ou fermages, et que la quittance ne soit pas datée, on peut alors se demander quels sont les arrérages censés payés. La quittance, à défaut de date exprimée, ne vaut que pour un terme, à moins qu'elle n'exprime la somme ou ne spécifie les termes acquittés. Le débiteur ne serait même pas admis à prouver par témoins ou par présomptions qu'il a payé plus d'un terme, parce que, si le créancier est en faute pour ne pas avoir daté sa quittance, le débiteur est lui-même en faute également pour ne pas l'avoir exigée plus régulière et plus complète. Il faudrait, du moins, des circonstances toutes particulières pour qu'elle pût être considérée comme établissant un commencement de preuve écrite, autorisant la délation du serment supplétif ou l'ad-

mission de la preuve testimoniale et des présomptions ordinaires (1).

Que si la quittance est datée, bien qu'elle n'énonce point la somme, elle vaut pour tous les arrérages échus à sa date, ceux à échoir demeurant réservés.

Quelquefois, cependant, la quittance contient virtuellement une date. Par exemple, si elle est donnée par l'héritier du créancier, ou à l'héritier du débiteur, elle a date, au moins du jour de la mort du créancier ou du débiteur, et fait foi, dès lors, du payement de tous les arrérages échus à cette époque.

Que si la quittance non datée a acquis date certaine, soit par l'enregistrement ou sa relation dans un acte authentique, elle ne vaudra pas pour cela pour tous les termes antérieurs à celui où elle a acquis date certaine (2). Car alors il dépendrait du débiteur de lui donner une portée plus étendue en ajournant son enregistrement. La question de sa date vraie entre les parties demeure donc entière.

Si la quittance, sans mention de date ni expression de somme, énonce qu'elle a été donnée pour tous les arrérages dus pour cause de bail, elle peut alors valoir comme quittance complète et finale.

Ce que nous venons de dire des arrérages pour rentes ou loyers est applicable aux obligations payables en plusieurs termes successifs. Car il s'agit également de savoir, dans ce cas, à quels termes s'applique la quittance.

La quittance peut encore n'exprimer ni le montant de la somme payée, ni la cause de la dette acquittée, et être conçue en ces termes vagues et généraux : Reçu de tel tout ce qu'il me doit. Si elle contient l'expression d'une date, elle comprend tout ce qui était dû à cette époque, soit que le créancier ait retenu ou remis ses titres de créance, à l'exception, toutefois,

(1) Voy. cep. Toullier, t. 8, n° 405. — Duranton, t. 13, n° 229.
(2) *Contrà*, Duranton, t. 13, n° 226.

s dettes non exigibles ni échues alors, et de celles dont le biteur n'avait point connaissance, ou dont il n'était point nu personnellement, comme obligé principal, mais seulement mme caution simple ou solidaire, sauf à lui à établir le conaire, même par présomptions; car la quittance peut constiier en sa faveur un commencement de preuve écrite.

Si la quittance n'énonce point de date, le débiteur pourra ui en assigner une, soit au moyen des livres et papiers domesques du créancier, soit au moyen de la preuve testimoiale ou des présomptions ordinaires, parce que les termes énéraux dans lesquels l'acte est conçu sont de nature à établir un commencement de preuve écrite qui rend vraisemblable le ait de la libération.

Alors même que la quittance énonce la cause : Reçu de tel out ce qu'il me doit pour les causes de la vente de tel héritage, elle ne comprend pas, néanmoins, la totalité de la dette, mais seulement les termes alors échus, et non ceux à échoir. Car il n'est pas à présumer que le débiteur ait payé avant terme, sauf à lui à établir le contraire, même par simples présomptions.

Mais si elle était ainsi conçue : Reçu de tel le prix de telle vente; reçu ma dot ou celle de ma femme, elle comprendrait indéfiniment tout le prix, toute la dot, sans distinction entre les termes alors échus et ceux à échoir. Ces expressions de prix et de dot en supposent l'intégralité (1).

14. Nous ajouterons, en terminant, que les quittances en forme datées et signées, énonçant la somme payée et les causes de la dette, forment un titre régulier proprement dit, qui fait preuve complète de la libération du débiteur, et contre et outre le contenu duquel le créancier ni le débiteur ne peuvent rien prouver, si ce n'est conformément aux principes généraux relatifs à la preuve. Les quittances parfaites ont, sous ce rap-

(1) Voy. POTHIER, *Oblig.*, nos 746 et suiv. — TOULLIER, t. 8, no 405. — DURANTON, t. 13, no 223 et suiv.

port, une plus grande autorité probante que les simples mentions libératoires, qui se trouvent, soit dans les registres ou papiers domestiques, ou qui sont écrites au dos, à la marge ou à la suite du titre, du double du titre ou d'une quittance antérieure. Celles-ci peuvent être combattues par témoins ou par présomptions, ainsi que nous l'avons expliqué, tandis que les autres ne peuvent l'être que suivant les règles que nous examinerons bientôt.

§ III. *Des Tailles.*

Article 1333.

Les tailles corrélatives à leurs échantillons font foi entre les personnes qui sont dans l'usage de constater ainsi les fournitures qu'elles font ou reçoivent en détail.

Sommaire.

1. Des tailles. Elles sont improprement une preuve littérale.
2. Foi qui leur est due lorsqu'elles sont corrélatives à leurs échantillons.
3. Débat possible sur la valeur convenue de chaque coche.
4. Leur remise vaut quittance.
5. *Quid,* quand la taille ou l'échantillon n'est pas représenté ?
6. La taille n'autorise point, en l'absence de l'échantillon, la délation du serment supplétif.
7. Il peut y avoir encore à débattre sur le prix des fournitures et prestations.
8. La taille n'équivaut pas à un arrêté de compte interruptif de la prescription.
9. Des jetons, cachets, cartes, bons, etc...

COMMENTAIRE.

1. Ce n'est que très improprement, comme nous allons le voir, que la loi assimile les tailles à la preuve littérale. Et, si cette assimilation a été faite à cause de la preuve qui en

·sulte, on peut, avec tout autant de raison, considérer omme preuve écrite les signes, les symboles convenus qui ervent à marquer l'existence d'un fait juridique ou la délimi-ation des propriétés. Les tailles ne sont, en effet, qu'un signe iatériel et symbolique des engagements contractés.

On prend une baguette en bois de grosseur suffisante; on ı fend par égale moitié; une partie, qu'on appelle la taille, este aux mains du créancier; l'autre, qu'on nomme échan-llon, est remise au débiteur. Au moment de chaque fourniture u prestation, on réunit les deux morceaux de la taille, de ıanière qu'ils s'adaptent et coïncident exactement, et, lorsque e rapprochement est opéré, on fait avec un couteau, sur la gne de contact, une coche transversale qui entaille en même emps les deux moitiés de la baguette. Le nombre des coches ıdique le montant des fournitures ou prestations; et, comme n ne peut cocher séparément la taille et l'échantillon, il n'y point de fraude à craindre de la part de l'une ou de l'autre artie.

Les coches faites sur les tailles peuvent, suivant la conven-ion des parties et la diversité de leurs figures, avoir une signi-cation différente. Dans l'usage, la coche toute droite vaut ne unité; dans la forme d'un V, elle vaut cinq, et dans la rme de l'X, elle vaut dix. C'est comme une écriture en hiffres romains.

Les tailles sont ainsi une sorte d'arithmétique toute maté-ielle. Elles ont été, dans les temps d'ignorance et de barbarie, es premiers livres de compte et les premiers rôles de percep-on des impôts. Aujourd'hui, elles ne sont usitées que pour onstater des fournitures de détail ou des prestations succes-ves, telles que livraison de pain, de vin, de viande ou autres enrées, ou bien encore des journées d'ouvriers et de ıanœuvres.

Suivant les uns (1), cette taille, *talea*, cette petite branche

(1) VOLTAIRE, *Essai sur les mœurs et l'esprit des nations*, ch. 18 t 84. — DUCANGE, v° *Tallia*.

coupée, *ramus incitus* (1), aurait elle-même, à raison de sa destination primitive, donné son nom à un ensemble de contributions diverses. Mais suivant d'autres, et dans ce dernier sens, l'étymologie de ce mot, taille, dérive de ce qu'autrefois les seigneurs, comprenant dans leurs profits de justice des redevances irrégulières et innommées, avaient soin de les indiquer dans les actes par cette expression indéterminée et générale : *et cœtera his similia... vel alia talia.* D'où les praticiens ont fait, en latin, *tallia,* et en français, taille (2).

2. « Les tailles corrélatives à leurs échantillons, porte l'article 1333, font foi entre les personnes qui sont dans l'usage de constater ainsi les fournitures qu'elles font ou reçoivent en détail. » Le rapprochement et la corrélation de la taille avec son échantillon forment ainsi une preuve complète, une sorte de preuve écrite, comme faisait autrefois la charte-partie, à quelque somme que les fournitures ou prestations s'élèvent.

Si la taille et l'échantillon ne s'accordent point, il n'y a preuve faite que jusqu'à concurrence du moindre chiffre, à moins qu'il ne soit établi, ce qui peut l'être par l'examen de la pièce, qu'un certain nombre de coches a été frauduleusement effacé sur l'un ou l'autre des morceaux de bois.

J'ai vu un exemple d'un autre genre de fraude. Le fournisseur avait un couteau à double lame, et, pour chaque fourniture, il faisait ainsi deux coches à la fois. Le débiteur serait certainement admis, dans ce cas, à prouver par témoins la filouterie dont il se prétendrait victime.

3. Il peut encore se présenter des difficultés sur la valeur des coches. Celui qui a fait les fournitures peut dire que chaque coche signifie un kilogramme ou une tourte de pain, tandis que le débiteur prétend qu'elle signifie une quantité moindre. De pareilles questions se résoudront le plus souvent

(1) Voy. Ducange, v° *Talea* ou *Talia.*
(2) Championnière, *De la propriété des eaux courantes,* p. 495.

p: l'usage, et, en cas qu'il ne puisse être d'aucun secours, come les tailles n'offrent qu'un certain nombre de coches, s: s indication de leur valeur, ce sera au demandeur à prouv par témoins ou par présomptions ses prétentions à cet é ard.

l. Lorsque le débiteur s'est acquitté, la taille lui est remise, e signe de sa libération, comme le serait un titre écrit.

i. Si, sous prétexte qu'il n'a pas été fait de taille ou qu'il a rdu sa pièce, celui qui a reçu les fournitures ou prestations i représente pas l'échantillon, le créancier peut établir qu'il ait effectivement ces fournitures et prestations, si elles sont niées, et qu'il se servait, d'accord avec son débiteur, d'une ille pour en constater la quantité. Dès lors, la taille peut ute seule, en l'absence de l'échantillon, faire foi au profit du urnisseur (1).

Que si, au contraire c'est ce dernier qui ne représente point taille, alléguant qu'il l'a perdue ou qu'on n'en a point tenu, débiteur qui produit l'échantillon pourra prouver que les urnitures lui étaient faites d'après une taille; et moyennant tte preuve, l'échantillon pourra être admis comme faisant foi sa faveur. Du reste, cette preuve ne vient, de la part du ébiteur, que comme preuve contraire, destinée à combattre lle que le demandeur doit commencer lui-même, en cette ıalité, par administrer à l'appui de sa demande.

Mais on ne saurait, en alléguant l'emploi d'une taille qui est point appatronnée à l'échantillon, puisqu'il n'est point présenté, éluder les prohibitions de la loi civile quant à la reuve testimoniale. Celui qui a fait les fournitures ne pourra onc établir l'emploi et l'usage d'une taille, dont l'existence st déniée, qu'en se conformant aux principes généraux relafs à la preuve. La preuve testimoniale ne sera admissible de

(1) TOULLIER, t. 8, n° 409. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 691, 1re édit., et 8, p. 282, 4e édit. — MARCADÉ, art. 1333, n° 3.

sa part, que lorsque le montant des fournitures ou leur nat commerciale rendra ce genre de preuve recevable à l'ég de l'autre partie. Nous ne saurions, en effet, donner un au sens à ce que dit M. Toullier (1) sur l'admissibilité de la pre testimoniale. Lors donc que le montant des fournitures ex dera la somme de cent cinquante francs, et qu'elles ne ser point de nature commerciale à l'égard de l'autre partie, c qui représente la taille ne peut, sans un commencement preuve par écrit, établir qu'elle était, ainsi que son adversai dans l'usage de se servir d'une taille pour constater les fo nitures et prestations faites. Autrement, le créancier arri rait indirectement à prouver par témoins une obligation d la preuve ne pourrait être ainsi directement administrée.

6. Il ne faut point non plus assimiler les tailles aux reg tres des marchands, et les admettre, en conséquence, com formant un commencement de preuve qui autorise le juge, cas que l'échantillon ne soit point représenté, à déférer le s ment supplétif à celui qui a fait les fournitures (2). L'arti 1333 ne reconnaît, en effet, de force probante à la taille q lorsqu'elle est corrélative à son échantillon. Autrement, e n'est entre les mains de celui qui la représente qu'une sorte titre qu'il a pu se créer à lui-même, et que par suite, il ne pe invoquer en sa faveur, sans justification préalable. Rappelo enfin, que la faculté de déférer le serment d'office, d'apr l'article 1329, est tout exceptionnelle, et ne peut être étend d'un cas à un autre, au moyen d'une analogie d'ailleurs f éloignée.

7. Les tailles corrélatives aux échantillons constatent bi le montant des fournitures, mais elles n'en établissent point prix. Le débat, sur ce point, reste donc entier entre les pa

(1) T. 8, n° 409.

(2) Zachariæ, t. 5, p. 691, n^te 1, 1re édit., et t. 8, p. 283, n^te 4e édit. — Marcadé, art. 1333, n° 3. — *Contrà*, Duranton, t. 1 n° 235. — Bonnier, n° 616.

. Ce sera au demandeur, comme tel, à l'établir, la preuve traire demeurant réservée au défendeur. Mais cette preuve irra être faite, indépendamment de l'usage qui, en cette tière, a une très grande autorité, tant par témoins que par somptions; car la corrélation des tailles avec les échantils, jointe aux autres reconnaissances de fait émanées des ties, établira toujours, en cas de besoin, un commencement preuve écrite.

3. Les tailles corrélatives aux échantillons ne sauraient, au plus, équivaloir à un arrêté de compte ayant pour effet de re cesser de courir la prescription abrégée, applicable aux ances pour fournitures et autres prestations, suivant les icles 2271, 2272 et 2274, C. civil. Cette assimilation est comètement inexacte. Les tailles, en effet, forment simplement e preuve particulière de la dette, et n'impliquent par ellesèmes aucun arrêté de compte (1). Il reste donc encore à tablir.

On objecterait vainement que le Code range les tailles sur même ligne que la preuve littérale, et que la prescription ne peut, dès lors, atteindre les fournitures qu'elles constatent, s plus que lorsqu'il y a un acte, une reconnaissance ou proesse écrite. Nous nous bornerons à répondre qu'elles ne forent que très improprement une sorte de preuve par écrit, et le si la loi semble établir entre elles une espèce d'assimilan, ce n'est que quant à la foi qui leur est due; et encore, us ce rapport, cette assimilation manque-t-elle d'exactitude. est vrai que le paragraphe 3, relatif aux tailles, est placé us la section concernant la preuve littérale; mais le législeur moderne n'a fait que suivre l'ordre de Pothier. Or, cet teur (2) dit simplement des tailles, qu'elles tiennent lieu écritures et font une espèce de preuve littérale.

(1) *Contrà,* DURANTON, t. 13, n° 236.
(2) *Oblig.*, n° 730.

9. Les tailles ne sont pas l'unique moyen en usage p constater des fournitures, des prestations quelconques. D la pratique, on emploie également, en leur attribuant t valeur ou signification tacitement convenue ou formellem exprimée, des cachets, des jetons, des cartes, des bons im més ou manuscrits, signés ou non, ou simplement parap ou scellés, qui sont remis au fournisseur ou prestataire signe et en échange de ses livraisons de fournitures ou de prestations, pour être ensuite restitués au débiteur à l'épo du payement.

S'agit-il de bons manuscrits, signés ou paraphés? Ils peuv constituer, entre les mains du créancier, un titre parfait de créance, ou simplement un commencement de preuve écr On rentre alors pleinement dans les principes de la preuve térale proprement dite.

S'agit-il, au contraire, de tous autres signes ou symbol Comme, en cas de contestation, ils ne font aucune foi ni l'existence ni du montant de l'engagement, le demandeur dans la nécessité de justifier ses prétentions, conformém aux principes généraux de la preuve, soit par témoins et présomptions, soit au moyen d'une preuve littérale ou d commencement de preuve par écrit, suivant l'exigence des c Et ce ne sera qu'après avoir préalablement établi, par l'un ces moyens, la convention arrêtée entre lui et son adversai touchant l'usage, l'emploi et la valeur de ces signes et sy boles, qu'il pourra les invoquer et les produire comme piè justicatives du montant de sa créance.

§ 4. *Des Copies des Titres.*

Article 1334.

Les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font que de ce qui est contenu au titre, dont la représentation p toujours être exigée.

Sommaire.

Les copies ne font foi que de ce qui est contenu au titre original,
Sans distinction.
Les juges ne peuvent refuser d'ordonner la représentation de l'original existant.
La partie qui la demande n'a pas à s'inscrire en faux.
Rapprochement des articles 45 et 1334.
Comment et par qui se fait la preuve que l'original n'existe plus?
L'officier dépositaire du titre est contraignable par corps.

COMMENTAIRE.

1. Jusqu'à présent, nous nous sommes exclusivement occupé es titres originaux, des conditions de leur validité et de la i qui leur est due. En règle générale, ils sont les seuls actes ui fassent régulièrement et par eux-mêmes foi en justice, et ui soient investis d'une pleine force probante. Les simples ɔpies, quelle qu'en soit la forme, n'ont point la même autoité.

Toutefois, une distinction est nécessaire, et elle est consarée par les dispositions du Code civil. Il s'agit de distinguer e cas où le titre original subsiste et celui où il n'existe plus. « Les copies, porte l'article 1334, lorsque le titre original subiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la eprésentation peut toujours être exigée. » Cette disposition est resque littéralement extraite de Pothier (1). Alors, en effet, ue le titre original subsiste, comme les copies doivent lui être le tous points et absolument conformes, la partie à qui on les ppose peut se borner à dire que leur conformité n'est point lémontrée, et qu'elle ne peut l'être que par la représentation lu titre original. Elle a, en conséquence, sous ce seul préexte, le droit de l'exiger, sans avoir besoin de s'inscrire en faux contre la copie qu'on lui oppose. Si le titre est produit,

(1) *Oblig.*, nº 731.

il fait alors seul foi, la copie ne pouvant faire foi elle-mên
que de ce qui y est contenu.

2. Il n'y a, à cet égard, aucune distinction à établir ent
les diverses espèces de copies. Qu'il s'agisse d'une expéditi
simple, ou d'une grosse revêtue de la formule exécutoire, ce
tifiée ou non conforme à l'original, légalisée ou non par l'of
cier public compétent, écrite sur papier timbré ou sur papi
ordinaire, tirée en présence des parties ou en leur absen
après leur appel régulier ou non ; qu'il s'agisse enfin d'un ac
notarié ou autre, si l'original subsiste, on peut toujours e
exiger la représentation, à quelque époque que remonte s
passation.

3. Les juges ne peuvent même refuser de l'ordonner, e
prétendant que la copie produite est régulière, qu'elle offi
toutes garanties d'exactitude et de sincérité, que les circon
rances établissent sa parfaite conformité avec le titre origina
qu'enfin la demande aurait pour résultat, si elle n'était rejetée
de prolonger sans utilité la durée du procès et d'entraver l
marche de la justice (1).

Mais si les différences signalées entre la copie et le titr
étaient absolument insignifiantes, il y aurait lieu de passe
outre.

Il devrait en être de même au cas où le titre original étan
entre les mains d'un fonctionnaire étranger, sa représentation ne serait pas possible devant les tribunaux français, sauf
à eux à prendre toutes autres voies convenables et possibles,
afin de vérifier la conformité de la copie avec l'original existant.

4. La partie qui demande la représentation du titre original
n'est pas tenue, ainsi que nous l'avons énoncé, quelle que soit
la régularité de la copie produite quant à la forme, de s'ins-

(1) Zachariæ, t. 5, p. 692, 1re édit., et t. 8, p. 284, 4e édit. — Cass., 15 juill. 1829. Sirey, 29, 1, 305.

·e préalablement en faux contre elle. Il s'agit, en effet, seu-
lent de procéder à une vérification pour s'assurer de la
iformité de la copie avec le titre original ; et comme elle
doit, après tout, faire foi que de ce qui y est contenu, elle
st investie d'aucune force probante contre laquelle il y ait
:essité de se pourvoir par la voie extraordinaire de l'ins-
ption de faux (1).

5. Il semble cependant exister sur ce point une exception faveur des extraits des registres de l'état civil. L'article 45 spose, en effet, que ces extraits, délivrés conformes aux gistres et légalisés par le président du tribunal de première stance, ou par le juge qui le remplacera, font foi jusqu'à scription de faux. La même force probante qui est attachée ıx registres des actes de l'état civil, est donc attachée aux ctraits de ces registres, pourvu qu'ils soient régulièrement galisés, s'ils sont produits hors de l'arrondissement, et, dans ous les cas, délivrés conformes. Mais, pour cette dernière ondition de conformité, ils rentrent dans les dispositions énérales de l'article 1334. Car, pour en vérifier l'existence, il ıut bien rapprocher les extraits rapportés et prétendus conırmes des registres originaux d'où ils ont été tirés, si ces gistres existent (2). Or, pour obtenir cette vérification, la artie qui la demande n'est pas obligée de se pourvoir au réalable en inscription de faux. Cette voie n'est exigée que our le cas où, les registres n'existant plus, les extraits qui n ont été régulièrement délivrés font foi eux-mêmes des faits u'ils constatent. Que si, au contraire, les registres subsistent, 'est alors contre eux, et non contre les simples extraits, que inscription de faux est dirigée.

6. Le droit d'exiger la représentation du titre original, con-

(1) Cass., 15 juill. 1829. SIREY, 29, 1, 305.
(2) ZACHARIÆ, t. 1, p. 147, 1re édit. — DURANTON, t. 1, n° 299. — Contrà, MARCADÉ, art. 1334, n° 2. — BONNIER, n° 744. — DEMOLOMBE, . 1, n° 318. — ZACHARIÆ, t. 1, p. 221, 4e édit.

formément à l'article 1334, est subordonné, dans son exercic à la condition que ce titre subsiste. Il se présente donc, avant tout, une question relative à la vérification de ce fa préalable. Par cela seul que c'est une simple copie que l'o produit, il est évident qu'un original a dû préexister; or, ce original est censé existant tant qu'il n'est pas prouvé qu'il n subsiste plus. Celui qui produit la copie et prétend qu'elle fai foi est tenu, conséquemment, aussitôt que sa conformité ave le titre original est contestée, et que la représentation en es exigée par son adversaire, d'établir que ce titre n'existe pas Comme la copie qu'il invoque n'a de force probante qu'au défau de l'original, c'est à lui qu'incombe la charge de prouver l'existence du fait sous la condition duquel sa demande ou soi exception doit être justifiée.

Comment se fera maintenant la preuve de la non existence du titre original? La loi n'exige point que celui qui invoque la copie établisse précisément le fait particulier qui en a amené la perte ou la destruction (1). Il lui suffit de prouver par tous moyens ordinaires, soit par titres ou par témoins, que l'acte original ne se trouve plus au lieu où le dépôt a dû en être effectué. Cette preuve faite équivaut à celle de la non existence. Le titre qui a disparu de manière à ne pouvoir être retrouvé, est ainsi réputé ne plus exister. Réduite à ces simples termes, la preuve de la non existence du titre original est toujours extrêmement facile de la part de celui qui n'en produit qu'une copie, tandis, au contraire, que si on exigeait de lui l'administration d'une preuve assortie d'explications et de détails sur l'événement qui en a occasionné la disparition ou la perte, on lui demanderait, le plus souvent, d'accomplir l'impossible.

7. Ajoutons que, avant la loi du 22 juillet 1867 qui l'a supprimée en matière commerciale et civile, la contrainte par corps avait lieu contre tous officiers publics pour la repré-

(1) Zachariæ, t. 5, p. 592, n^te 3, 1re édit., et t. 8, p. 284, n^te 3, 4e édit. — Duranton, t. 13, n° 240. — Cass., 10 nov. 1830. Sirey, 30, 1, 398.

sentation de leurs minutes, c'est-à-dire de leurs actes originaux, quand elle était ordonnée (2060).

Article 1335.

Lorsque le titre original n'existe plus, les copies font foi d'après les distinctions suivantes : — 1° Les grosses ou premières expéditions font la même foi que l'original ; il en est de même des copies qui ont été tirées par l'autorité du magistrat, parties présentes ou dûment appelées, ou de celles qui ont été tirées en présence des parties et de leur consentement réciproque. — 2° Les copies qui, sans l'autorité du magistrat, ou sans le consentement des parties, et depuis la délivrance des grosses ou premières expéditions, auront été tirées sur la minute de l'acte par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, peuvent, au cas de perte de l'original, faire foi quand elles sont anciennes. — Elles sont considérées comme anciennes quand elles ont plus de trente ans. — Si elles ont moins de trente ans, elles ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit. — 3° Lorsque les copies tirées sur la minute d'un acte ne l'auront pas été par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, elles ne pourront servir, quelle que soit leur ancienneté, que de commencement de preuve par écrit. — 4° Les copies de copies pourront, suivant les circonstances, être considérées comme simples renseignements.

Sommaire.

1. De la foi due aux grosses ou premières expéditions. Expressions synonymes.
2. Suite.

3. Pourquoi elles font la même foi que l'original qui n'existe plus
4. Des copies tirées par l'autorité du magistrat.
5. Des copies figurées suivant l'article 22 de la loi du 25 ventôse an XI.
6. Des copies tirées en présence des parties et de leur consentement.
7. Les copies ne font foi qu'à l'égard des parties appelées ou consentantes.
8. Utilité et valeur de la mention dans la copie des formalités observées.
9. Des copies expressément approuvées.
10. Des autres copies.
11. Des copies anciennes. De la preuve de leur ancienneté.
12. Les copies récentes ne font qu'un commencement de preuve par écrit.
13. Des copies irrégulièrement tirées sur la minute.
14. La copie peut être opposée à qui l'original pourrait l'être, s'il existait.
15. Des copies de copies. Distinction à l'égard des grosses tirées sur une première grosse déposée, et des copies tirées du consentement des parties.
16. Résumé. Comparaison de la rédaction des §§ 1 et 2.
17. Si les copies qui font foi sont opposables aux tiers.
18. *Quid,* si des copies différentes, faisant également foi, sont respectivement produites?
19. Si les copies font la même foi que l'original, l'inscription de faux est obligatoire.
20. Elles n'emportent pas voie parée d'exécution, si elles n'ont été délivrées en forme exécutoire.
21. Effets des copies servant de commencement de preuve par écrit.
22. Les copies de copies valent comme renseignement. Exception.
23. Des copies informes.
24. L'article 1335 est inapplicable aux actes sous seing-privé,
25. Et aux actes délivrés en brevet.

COMMENTAIRE.

1. Quelle force probante est attachée aux copies, lorsque le titre original n'existe plus? Sur cette question, notre article établit plusieurs distinctions qui ont été, pour la plupart, empruntées à Pothier (1).

Les grosses ou premières expéditions font, dit-il, la même

(1) *Oblig.*, n°s 732 et suiv.

oi que l'original. Ces mots, grosses ou premières expéditions, e signifient pas deux espèces différentes de copies. Les ternes, ou premières expéditions, ne sont mis en opposition pparente avec le mot, grosses, que pour lui servir de définiion ou d'explication. On entend, en effet, par grosses, les premières expéditions d'un acte public, revêtues de la formule exécutoire. Si l'article 1335 rapproche ces deux expressions, c'est que, sous notre ancienne jurisprudence, on disait, grosse, en pays de droit coutumier, et, en pays de droit écrit, première, seconde expédition (1). Le Code civil n'a fait que consacrer, afin d'être plus intelligible, ces deux locutions également usitées lors de sa promulgation et encore aujourd'hui.

La foi due aux grosses ou premières expéditions s'explique par le caractère particulier de ces sortes de copies. Leur délivrance n'est, à vrai dire, que le complément du mandat et de la mission du fonctionnaire qui a reçu la minute de l'acte. Car elles sont nécessaires aux parties, afin de poursuivre l'exécution de leurs engagements respectifs, la force d'exécution parée n'appartenant qu'à elles seules. Leur titre, quelque régulier qu'il fût dans la forme, quelque valable qu'il fût au fond, perdrait une grande partie de son efficacité, si elles ne pouvaient, au moyen d'une simple copie délivrée en la forme exécutoire, poursuivre l'exécution de leurs obligations respectives, sans avoir besoin de recourir à la justice pour en obtenir d'abord la consécration. Les grosses ou premières expéditions ont donc en elles-mêmes une puissance et une autorité qui influent sur la force probante qui leur appartient à ce titre.

Quelques auteurs (2) pensent cependant que l'article 1335 prévoit deux espèces différentes de copies ; les grosses d'abord, et, en outre, les premières expéditions, qui ne diffèrent de celles-ci qu'en ce qu'elles ne sont point délivrées dans la forme

(1) Bretonnier, Quest. de droit, v° *Grosse*, t. 1, p. 289 et 293. — Voy. Ferrière, *Science parfaite des notaires*, liv. 16. ch. 1.

(2) Toullier, t. 8, n°s 121, 426. — Duranton, t. 13, n° 243.

exécutoire. Les remarques philologiques que nous venons d faire répondent déjà à cette opinion. Il en résulte, en effet que ces expressions de grosses et de premières expédition sont absolument synonymes, et signifient uniquement un seu et même genre de copies. Dans le langage ordinaire, qui es ici le langage légal, consacré par un usage ancien, les mot de premières expéditions s'appliquent aux grosses, c'est-à-dir aux copies écrites en caractères plus gros que la minute, e délivrées dans la forme exécutoire. On les appelle ainsi premières expéditions, soit parce qu'elles constituent le genre de copies le plus important et que la partie a le plus d'intérêt à se faire délivrer avant toute autre, soit parce qu'une semblable copie ayant été remise à la partie une première fois, il ne peut plus lui en être régulièrement délivré une autre pareille, également dans la forme exécutoire, sans l'accomplissement de certaines formalités.

2. L'article 26 de la loi du 25 ventôse an XI porte qu'il sera délivré une grosse à chacune des parties intéressées, afin qu'elles puissent se contraindre réciproquement aux engagements respectifs qu'elles ont contractés l'une envers l'autre. Le notaire doit, en outre, faire mention de cette délivrance sur la minute, et l'article ajoute qu'il ne peut en être délivré d'autre, à peine de destitution, sans une ordonnance du président du tribunal de première instance, laquelle demeurera jointe à la minute. L'article 844, C. pr., a régularisé et expliqué les voies à prendre en pareil cas. En voici les dispositions : « La partie qui voudra se faire délivrer une seconde grosse, soit d'une minute d'acte, soit par forme d'ampliation sur une grosse déposée, présentera, à cet effet, requête au président du tribunal de première instance : en vertu de l'ordonnance qui interviendra, elle fera sommation au notaire pour faire la délivrance à jour et heure indiqués, et aux parties intéressées, pour y être présentes; mention sera faite de cette ordonnance au bas de la seconde grosse, ainsi que la somme pour laquelle

« pourra exécuter, si la créance est acquittée ou cédée en rtie. »

D'après l'article 854 du même Code, une seconde expédition écutoire d'un jugement ne sera délivrée à la même partie, i'en vertu d'une ordonnance du président du tribunal où il ıra été rendu. Seront observées, en outre, les formalités rescrites pour la délivrance des secondes grosses des actes evant notaires.

Dans l'esprit de la loi comme dans le sens littéral de son exte, les mots, grosses et premières expéditions, caractéri-ent donc également les copies d'actes publics délivrées dans a forme exécutoire, par opposition aux autres espèces de opies qui, tirées avant ou après la délivrance d'une grosse ou remière expédition, n'emportent point voie parée d'exécu-tion.

Le texte même de l'article 854, C. pr., fournit un puissant argument en faveur de notre système d'interprétation. Il appelle, en effet, expédition exécutoire, la copie d'un jugement faite dans des termes emportant exécution parée. Ces mots, grosses, premières expéditions, expéditions exécutoires, sont donc absolument synonymes, ou plutôt, s'il y a entre eux quelque différence de signification, elle tient seulement à la nature de l'acte copié. Ainsi, les termes de grosses ou de pre-mières expéditions s'appliquent indifféremment aux actes notariés, tandis que ceux de premières expéditions ne s'appli-quent qu'aux jugements et titres autres que les actes notariés. Mais la condition essentielle est toujours que les copies, quel-que soit l'officier public duquel l'acte original émane, soient délivrées dans la forme exécutoire.

3. Pourquoi le législateur n'a-t-il attaché qu'à ces sortes de copies la même force probante qu'aux titres originaux? Nous en avons déjà indiqué les raisons; c'est, d'une part, que le fonctionnaire qui les délivre ne fait, quand il consomme cet acte complémentaire, que continuer l'exercice de ses fonctions;

et, d'autre part, que cette copie délivrée dans la forme exécutoire devant servir à poursuivre l'exécution de l'acte, il y a présomption légale qu'elle a été faite dans toutes les conditions propres à assurer cette exécution ; qu'elle est, conséquemment, en parfaite conformité avec le titre original, qui, n'existant plus, ne peut être représenté.

On comprend sans peine que la même autorité ne s'attache point aux autres espèces de copies, qui, n'étant point revêtues de la formule exécutoire, et n'étant point destinées à servir pour des poursuites en exécution, n'ont été remises aux parties intéressées que pour leur rappeler le souvenir de leurs conventions et engagements. Ces copies, fussent-elles les seules et les premières délivrées, circonstance d'ailleurs difficile à constater, puisqu'il n'en est pas fait mention sur la minute, ces copies ne sauraient faire la même foi que le titre original, quelques garanties qu'elles offrent sous le rapport de leur régularité.

La prudence conseille donc, lorsqu'on prend expédition d'un acte, de se la faire délivrer en forme exécutoire, et de ne point se contenter d'une simple copie, quand bien même elle serait littéralement une première expédition. Si, dans le moment de sa délivrance, elle paraît suffire pour la constatation du fait, il y a, néanmoins, un intérêt très réel à avoir la voie parée d'exécution, puisqu'on peut procéder par commandement, et, par exemple, interrompre par ce moyen une prescription (1).

4. Font également la même foi que l'original, lorsqu'il n'existe plus, les copies qui ont été tirées par l'autorité du magistrat, parties présentes ou dûment appelées (1335).

Remarquons bien les conditions sous lesquelles ces copies sont investies de force probante. Elles doivent être tirées par l'autorité du magistrat, parties présentes ou dûment appelées. Le concours de ces conditions est indispensable. A cet effet, requête est présentée au président du tribunal, qui rend

(1) *Contrà*, Duranton, t. 13, n° 243, en note.

'donnance portant que tel jour, à telle heure et en tel lieu, ›pie sera délivrée par le notaire, et que les parties intéres-'es seront sommées de s'y trouver. En conséquence, somma-on leur est adressée, et la copie est délivrée au réclamant, ›it qu'elles se présentent ou non. La copie ainsi délivrée est, it Pothier (1), une copie qu'on appelle copie en forme.

Telle est la marche ordinairement suivie. Mais rien ne s'op-ose à ce que les parties procèdent par voie de citation et de ébat contradictoire en justice. Seulement, le demandeur expose à supporter personnellement, suivant les circons-nces, les frais d'instance, comme frustratoires ou illégitimes, le défendeur n'a élevé aucune contestation. Dans ce cas, le gement qui intervient et ordonne la délivrance de la copie, mplace l'ordonnance du président.

Les parties peuvent enfin, lors de la délivrance de la copie, ›llationner l'expédition à la minute, et procéder à cet égard nformément à l'article 852, C. pr.

5. Aux copies tirées par l'autorité du magistrat, il convient assimiler celles que les notaires doivent figurer, aux termes l'article 22 de la loi du 25 ventôse an XI. Cet article est nsi conçu : « Les notaires ne pourront se dessaisir d'aucune inute, si ce n'est dans les cas prévus par la loi et en vertu un jugement. Avant de s'en dessaisir, ils en signeront et esseront une copie figurée, qui, après avoir été certifiée par président et le commissaire du tribunal civil de leur rési-nce, sera substituée à la minute, dont elle tiendra lieu jus-'à sa réintégration. » Ces dernières expressions ne permet-nt pas de douter que la copie figurée, bien que les parties aient point été présentes ni même appelées, ne fasse la ême foi que la minute, et ne la remplace parfaitement. le n'a même été faite que dans ce but.

6. Font également la même foi que l'original, lorsqu'il

(1) *Oblig.*, n° 732.

n'existe plus, les copies qui ont été tirées en présence des pa ties et de leur consentement réciproque (1335). Le concou de ces deux conditions est nécessaire. Il ne suffirait pas qu les parties fussent présentes, si elles n'y avaient donné le consentement; à plus forte raison, si elles avaient expre sément déclaré faire toutes réserves et protestations, et ne s présenter que pour obéir à la sommation. Car la copie ne ti sa force que de la convention tacitement intervenue entre elle pourvu qu'elles soient capables de contracter (1).

Mais il ne nous paraît pas indispensable qu'elles donne un consentement exprès et formel. Leur adhésion sera le pl souvent tacite et résultera de leur seule présence (2).

7. Si, lorsque la copie est tirée par l'autorité du magistra quelques-unes des parties seulement ont été présentes o dûment appelées; ou bien si, lorsqu'elle est tirée sans l'aut rité du magistrat, quelques-unes des parties seulement se son présentées, et ont donné leur consentement, la copie ne fai alors la même foi que l'original qu'à l'égard de celles qui on été régulièrement appelées, ou qui ont comparu et donné leu adhésion. Quant aux autres, elle n'a, à leur égard, d'autr valeur que celle que déterminent les dispositions suivantes d l'article 1335.

8. Comme les copies délivrées, dans les deux cas précédents ne font foi que parce qu'elles ont été tirées par l'autorité d magistrat, parties présentes ou dûment appelées, ou en pré sence des parties et de leur consentement réciproque, i importe, bien que la loi ne l'exige point, qu'elles énoncent e relatent l'accomplissement de ces conditions. Le notaire, ou tout autre officier public, fera donc sagement de le mentionne dans la copie qu'il délivre, et surtout d'y annexer les actes de procédure qui le constatent.

(1) Toullier, t. 8, n° 454.
(2) Pothier, *Oblig.*, n° 735.

mention de l'ordonnance du juge et des sommations
ssées aux parties n'est pas, en effet, par elle-même, une
ve complète que les formalités voulues ont été remplies.
artie contre laquelle on se prévaut de la copie peut exi-
nonobstant cette mention, le rapport des pièces de pro-
ire.

elles ne peuvent être rapportées, Pothier (1) pense qu'il
t d'une antiquité de dix ans pour faire présumer que toutes
formes ont été observées. Il se fonde sur ce principe, que
ps de dix ans suffit pour établir la présomption légale de
complissement des formes exigées, *ad solemnitatem præ-
endam*. Mais ce principe n'a été nulle part consacré dans
Codes, et encore moins dans l'article 1335. En effet, si cet
cle détermine une ancienneté capable de donner aux copies
même force probante que l'original, il indique celle de
nte ans. Or, tant qu'on ne prouve pas l'accomplissement des
ditions sous lesquelles une copie peut faire foi, on ne peut
e qu'on produit une copie régulière. Dès lors, on retombe
s l'application des dispositions suivantes. Le rapport des
cédures pouvant être exigé tant que la copie ne fait pas foi
elle-même, c'est-à-dire tant qu'elle n'est pas ancienne, il
a ainsi que le laps de trente ans qui puisse dispenser de
r production, sauf aux juges à apprécier les circonstances
empêchent cette justification, et à tenir, d'après les faits
la cause, les formalités pour régulièrement remplies.

i la copie ne contenait pas la mention de l'ordonnance du
sident, ni des sommations adressées aux parties, on pour-
toujours y suppléer par l'apport des pièces; et même, à
r défaut, comme il s'agit de formalités extrinsèques, on
rrait établir la preuve de leur accomplissement par témoins
par présomptions, la copie valant d'ailleurs, dans tous les
, comme commencement de preuve par écrit sur le fond
me des droits et obligations des parties intéressées.

1) *Oblig.*, n° 732. — TOULLIER, t. 8, n° 459.

Si la copie mentionne qu'elle a été délivrée en présenc du consentement réciproque des parties, cette mention, r tive aux circonstances de la délivrance de l'expédition, n point protégée par la même force probante qui s'attach l'original. La partie à laquelle on l'oppose peut se borner à contester simplement l'exactitude. Mais si l'officier pul avait dressé un acte régulier de la présence et du consen ment réciproque des parties, la constatation de ce fait ser revêtue du sceau de l'authenticité.

Lorsque la copie ne contient aucune mention de la préser ni du consentement réciproque des parties, conditions au quelles sa force probante est subordonnée, celui qui l'invoq est néanmoins admis à en faire la preuve au moyen d'élémen extrinsèques, pris en dehors de l'expédition elle-même. Comı elle peut au moins servir de commencement de preuve p écrit, la preuve peut même en être administrée à l'aide moyens qui seraient inadmissibles s'il s'agissait d'établir l'ex tence du fait ou de la convention.

9. Alors même que les copies n'ont pas été délivrées co formément aux prescriptions de l'article 1335, cependant ell ne laissent pas de faire la même foi que l'original, à l'égai des parties qui ont apposé de leur main, au bas, au dos ou la marge, une approbation expresse. Elles tirent alors leı force probante de la convention et reconnaissance des partie

10. Quant aux copies qui, sans l'autorité du magistrat c sans le consentement des parties, et depuis la délivrance de grosses ou premières expéditions, auront été tirées sur l minute de l'acte par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de se successeurs, ou par officiers publics qui, en cette qualité, sor dépositaires des minutes, elles peuvent, en cas de perte d l'original, faire foi quand elles sont anciennes (1335).

Ces dispositions sont fondées sur les principes mêmes qı régissent les attributions des officiers publics, en ce qui con cerne l'authenticité de leurs actes. Lorsqu'ils délivrent à un

ie copie d'un acte, outre qu'ils n'agissent point sur les réqui-
ons de toutes les parties intéressées, ils ne peuvent attes-
qu'une seule chose, à savoir, qu'il existe un original dont
irent une copie, sans qu'il soit en leur pouvoir de certifier
ce titre original est régulier et parfait. La copie ne saurait
ıc faire la même foi que lui (1).

1. Cependant, lorsque les copies sont anciennes, elles peu-
ıt, en cas de perte des originaux, faire également foi. La
son en est que ces copies témoignent au moins de l'exis-
ce et de la teneur d'un original, et que leur ancienneté
pêche de supposer qu'elles aient été délivrées par complai-
ıce, par fraude et pour le besoin de la contestation actuelle.
est juste, d'ailleurs, que le temps, qui supprime les autres
yens de preuve, supplée lui-même la force probante des
es (2).

ɹes copies sont considérées comme anciennes quand elles
plus de trente ans (1335). La condition de ce laps de temps
absolue, et n'admet aucune distinction, quelle que soit la
tière dont il s'agisse. Sous notre ancien droit, cependant,
moulin (3), et Pothier (4) qui le cite, pensaient que dix ans
ıvaient suffire pour faire présumer l'accomplissement des
mes requises pour la solennité des actes, à moins qu'il ne
gît d'un préjudice considérable pour autrui. Une semblable
nion ouvrait ainsi, dans son application, une très large place
arbitraire des tribunaux. Dans les cas ordinaires, ils exi-
ient le laps de trente ou quarante ans, et, dans les questions
cernant des droits qui n'admettaient qu'une prescription
némoriale et centenaire, l'acte n'était, suivant eux, réputé

) Dumoulin, *Coutume de Paris*, § 8, glose 1, n°s 48, 62 et suiv.
Pothier, *Oblig.*, n° 736.
) Dumoulin, *ibid.*, n° 41. — Pothier, *Oblig.*, n° 737. — Toullier,
, n° 433. — Cass., 1er août 1866. Sirey, 66, 1, 431.
) *Ibid.*, n°s 81 et suiv.
) *Oblig*, n° 737.

ancien que lorsqu'il passait cent ans. Écartant toutes ces d
tinctions, le Code n'admet qu'un délai uniforme de trente a

Ce délai est tout à fait indépendant de l'ancienneté du t
original, et ne date que du jour de la délivrance de la co
ou expédition (1). Si cette date y est indiquée, cette ment
qui la relate est protégée par la même foi qui est due au co
de la copie. Ce n'est pas que la partie à laquelle on l'opp
soit tenue de s'inscrire en faux contre elle. Elle peut se bor
à en contester simplement l'exactitude et la sincérité. M
c'est à elle à prouver, d'après les circonstances, qu'elle n
ni exacte, ni sincère.

Si, au contraire, la date de sa délivrance n'est point rela
dans la copie, la partie qui s'en prévaut peut, par tous moy
de droit, établir la date réelle à laquelle elle prétend que
pièce a été délivrée. Mais c'est à elle à faire cette preuve.
nous l'admettons à établir, par toute espèce de moyens
par la seule appréciation des circonstances, l'ancienneté de
copie, c'est que cette copie même sert déjà, dans tous les c
fût-elle d'apparence récente, de commencement de preuve p
écrit sur l'existence des faits, dispositions et conventio
qu'elle rapporte (2).

12. Si les copies ont moins de trente ans, elles ne peuve
servir que de commencement de preuve par écrit (1335). Ell
sont réputées récentes, soit que leur date ait été détermin
par l'appréciation des circonstances, ou qu'elle ait été expr
sément indiquée par l'officier public.

13. Lorsque les copies tirées sur la minute d'un acte n
l'auront pas été par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de s
successeurs, ou par officiers publics qui, en cette qualité, so
dépositaires des minutes, elles ne peuvent servir, quelle qu
soit leur ancienneté, que de commencement de preuve pa
écrit (1335).

(1) Dumoulin, *ibid.*, n° 41. — Toullier, t. 8, n° 434.
(2) Cass., 10 nov. 1830. Sirey, 30, 1, 398.

La loi suppose ici une copie irrégulièrement tirée d'un acte iginal, puisqu'elle l'a été par tout autre que l'officier public clusivement compétent pour la délivrer. Ce cas doit se pré- nter rarement, parce que la loi défendant aux notaires et ıx greffiers de se dessaisir de leurs minutes, on ne voit guère ımment des copies pourraient être délivrées par d'autres. suffit, néanmoins, que ce cas ne soit pas absolument impos- ble, pour qu'il ait dû entrer dans les prévisions du légis- ıteur.

Ce n'est pas qu'il s'agisse ici, pas plus que dans les dispo- itions précédentes, de copies qui auraient été tirées et déli- rées par de simples particuliers. La loi suppose toujours u'elles émanent d'officiers publics qui ont procédé en cette ualité, sans être cependant compétents pour en faire une élivrance régulière. C'est dans cette hypothèse qu'elle décide ue ces copies ne peuvent servir que de commencement de reuve par écrit.

Elle ajoute, quelle que soit leur ancienneté. Est-ce à dire u'elles ne peuvent servir de commencement de preuve par crit que lorsqu'elles sont anciennes, lorsqu'elles ont trente ns? Nous ne le pensons pas. Ces expressions, quelle que soit eur ancienneté, ne sont, en effet, placées ici que pour marquer ı différence qui existe entre les copies dont le législateur s'oc- upe dans ce paragraphe, et celles dont il vient de s'occuper ans le paragraphe précédent. Elles ne signifient donc qu'une hose, à savoir, que, à la différence de certaines copies qui peu- ent, en cas de perte de l'original, faire foi quand elles sont nciennes, celles-là, même anciennes, n'ont point une égale orce probante, et ne peuvent jamais servir que de commen- ement de preuve par écrit. Mais alors même qu'elles ne sont as anciennes, qu'elles sont récentes, elles peuvent encore ervir, à ce titre, comme les autres (1).

14. Il est indifférent que l'acte dont il est produit une copie

(1) TOULLIER, t. 8, n° 437.

émane ou non de la partie à laquelle on l'oppose. Il suffit qu puisse être opposé, si l'original était représenté, à celui conti lequel on entend s'en prévaloir. L'article 1335 contient, e effet, une exception à l'article 1347, touchant les conditioi ordinairement exigées pour qu'il y ait commencement d preuve par écrit. Nous verrons bientôt que l'article 1336 coi tient lui-même une exception semblable (1).

15. Quant aux copies de copies, elles peuvent, suivant le circonstances, être considérées comme simples renseigne ments (1335). Leur force probante est ainsi infiniment res treinte; et le pouvoir d'appréciation discrétionnaire, aban donné sur ce point aux tribunaux, permet de ne faire aucune distinction entre les copies de copies, quelles qu'elles soient qui auraient été prises par un simple particulier, soit même par l'une des parties intéressées, et celles qui auraient été tirées et délivrées par un officier public, quel qu'il soit. Il est vrai que les copies tirées par de simples particuliers ne font point foi, et ne peuvent jamais servir de commencement de preuve par écrit; mais le peu d'autorité que la loi attache aux copies de copies, comme moyens de preuve, fait que les juges peuvent facilement passer sur leur irrégularité quant à la forme, sauf à eux à les apprécier au fond, avec plus ou moins de rigueur, suivant les circonstances.

N'y a-t-il cependant aucune distinction à faire entre les copies de copies? Aucune d'elles, quelle qu'elle soit, ne peut-elle jamais servir qu'à titre de simples renseignements? L'article 844, C. pr., suppose le cas où une partie veut se faire délivrer une seconde grosse, soit d'une minute d'acte, soit par forme d'ampliation sur une grosse déposée; et il indique les formalités à accomplir pour se faire délivrer régulièrement cette seconde grosse. Que cette pièce soit donc tirée, confor-

(1) TOULLIER, t. 8, n° 433, et t. 9, n° 71. — *Contrà,* BONCENNE, t. 4, p 181.

ément à la loi, par forme d'ampliation sur une première osse déposée; elle fera, suivant nous, la même foi que la emière grosse dont elle est une copie, et qui, valant minute, it également la même foi que le titre original. Cette seconde osse, ainsi tirée par forme d'ampliation, est, en effet, délivrée n forme exécutoire; et, vainement elle emporterait voie parée exécution, si elle ne faisait la même foi que le titre original, onformément aux dispositions de l'article 1335, § 1er. De sa rce exécutoire, on doit donc conclure à la foi qui lui est ue (1), sans préjudice, toutefois, du droit qu'a la partie qui onteste, d'attaquer au fond l'acte qu'on lui oppose, à moins u'il n'y ait eu, de sa part, approbation, confirmation ou exé- ution volontaire.

Mais si la copie n'avait pas été tirée conformément à l'ar- icle 844, C. pr., alors même qu'elle l'eût été sur une pre- nière grosse, laquelle fait cependant la même foi que l'ori- ginal, elle ne pourrait être considérée que comme simple enseignement.

Cette exception, fondée sur ce que l'ampliation d'une pre- nière grosse déposée a été tirée par l'autorité du magistrat, parties présentes ou dûment appelées, est la seule que nous puissions admettre. Supposons, en effet, une copie qui, d'après les dispositions de l'article 1335, § 1er, fait la même foi que l'original. Une seconde copie est tirée sur cette première, en présence des parties et de leur consentement réciproque. Elle ne fera cependant pas foi, car elle n'est qu'une copie de copie, tandis que notre article exige que la copie soit tirée par l'offi- cier public, en cette qualité dépositaire de la minute, et sur la minute elle-même. Elle ne vaudra donc toujours que comme simple renseignement, jusqu'à ce que la partie qui s'en pré- vaut établisse qu'elle a été réellement délivrée en présence des autres parties et de leur consentement. Dès lors, elle tirera de

(1) DURANTON, t. 13, nº 250. — Voy. TOULLIER, t. 8, nºs 439 et suiv.

la convention prouvée des parties une force probante qu'autrement elle n'aurait pas, et pourra valoir comme commencement de preuve par écrit, suivant l'article 1347.

Mais cette copie de copie ne pouvant par elle-même servir d'aucun commencement de preuve par écrit, la partie qui l'invoque ne peut établir qu'elle a été délivrée du consentement réciproque de ses adversaires, qu'à l'aide des moyens de preuve qui seraient exclusivement admissibles pour établir la convention que la copie relate. Autrement, il serait par trop facile d'éluder les prohibitions de la loi en matière de preuve testimoniale.

16. En résumant les dispositions de l'article 1335, on voit qu'elles rangent les copies de titre en trois catégories, sous le rapport de la force probante qui leur appartient. Les unes font la même foi que les titres originaux; les autres ne servent que de commencement de preuve par écrit; les dernières, enfin, ne peuvent être considérées que comme simples renseignements, et encore suivant les circonstances.

Avant d'apprécier les conséquences de cette gradation dans la foi qui leur est due, comme moyens de preuve, nous devons donner quelques explications sur une différence de rédaction qui se remarque dans les termes des paragraphes 1er et 2e de l'article 1335. S'occupant des copies comprises dans le paragraphe 1er, il dit qu'elles font foi; et, quant à celles dont il traite dans le paragraphe 2e, il dit qu'elles peuvent faire foi.

Cette différence de rédaction signifie-t-elle que les juges peuvent admettre ou rejeter, comme faisant foi, les copies de la seconde espèce? La loi a-t-elle voulu leur accorder, à cet égard, une faculté dont ils peuvent user ou ne pas user, suivant les circonstances? Nous pensons, au contraire, que ces mots, peuvent faire foi, sont synonymes de ceux-ci, font foi. Ainsi, d'ailleurs, s'expliquait Pothier (1), auquel ont été empruntées les principales dispositions de l'article 1335. Appli-

(1) *Oblig.*, n° 737.

uées aux copies de titres, ces expressions, peuvent faire foi, ıdiquent leur propriété, leur autorité, comme éléments de reuve, sans impliquer, de la part du juge, la faculté discré- onnaire de les admettre ou de les rejeter. Si le législateur vait entendu s'écarter de l'opinion de Pothier, il aurait cer- ainement employé une rédaction différente pour caractériser e pouvoir arbitraire qu'il conférait au juge. Les tribunaux ne euvent donc refuser d'admettre comme faisant foi, jusqu'à reuve contraire, les copies anciennes délivrées conformé- nent au paragraphe 2 de l'article 1335.

17. Dans tous les cas où les copies de titres authentiques ont admises par la loi comme faisant la même foi que le titre riginal, il n'est pas douteux qu'à l'égard des contractants, eurs héritiers et ayants-cause, elles sont investies de la même orce probante. Elles remplacent, quant à eux, l'original, et ont foi pleinement comme il ferait lui-même, s'il était produit.

Mais en est-il de même à l'égard des tiers? Dumoulin (1) ensait que, dans ce cas, la copie avait bien, comme preuve, a même autorité que l'original entre contractants, et devait roduire ses effets à la date même de cet original, dont elle st un exemplaire ; mais qu'à l'égard des tiers, les faits et la onvention énoncés dans la copie ne pouvaient être reportés la date du titre original, mais seulement à la date de la copie rée et délivrée. Il en donne pour raison que, si la copie a été rée par l'autorité du magistrat, il y a acte judiciaire, chose ıgée, dont l'autorité ne s'étend pas aux tiers qui n'ont pas été arties en cause, et que, si la copie a été tirée du consente- ıent réciproque des parties, il y a convention, contrat qui ne eut non plus préjudicier aux tiers.

L'on ajoute (2) que le notaire, par exemple, ne pouvant endre témoignage authentique que des faits qui se sont

(1) *Ibid.*, nos 57 et suiv.
(2) Toullier, t. 8, no 430.

accomplis en sa présence, et dont il a acquis la perception et la connaissance par ses sens propres, il est hors d'état, lorsqu'il se borne à délivrer une copie de titre, d'imprimer le sceau de l'authenticité à des faits et énonciations constatés dans un acte préexistant. D'où la conséquence que la copie ne fait foi, comme le titre original, qu'à partir du moment où elle a été délivrée, et que, par suite, elle ne constitue que de ce moment-là le juste titre qui doit servir de fondement à la prescription de dix ou vingt ans.

Quelque spécieuses que soient les raisons sur lesquelles s'appuie cette distinction entre les personnes à l'égard desquelles les copies sont reçues comme faisant foi, nous ne saurions, cependant, l'admettre. En disposant que, moyennant le concours de certaines conditions, les copies font la même foi que le titre original qui n'existe plus, le législateur nous semble avoir établi entre elles et ce titre une assimilation parfaite. Les termes de la loi sont absolus, et repoussent toute distinction. Il ne serait plus exact de prétendre que les copies font la même foi que les originaux, si elles ne pouvaient quant aux faits, dispositions et conventions qui y sont relatés, être reportées à la date des originaux eux-mêmes; car ceux-ci auraient, sous le rapport de la force probante, une autorité et une portée que les copies n'auraient pas.

Quant aux objections tirées des effets tout personnels de la chose jugée et des conventions privées, elles nous semblent déplacées ici, et prises tout à fait en dehors de l'esprit de la loi. Si le législateur exige, pour que la copie fasse la même foi que l'original, qu'elle soit délivrée par l'autorité du magistrat ou du consentement réciproque des parties, c'est uniquement afin de s'assurer, par l'intervention du juge ou l'accord des parties intéressées, de l'exacte conformité de la copie avec le titre original. Les solennités judiciaires et le pacte privé n'ont d'autre but et d'autre résultat que de garantir l'existence de ce fait. Or, du moment que cette conformité de la copie avec l'original est assurée aux yeux de la loi, la copie a la même

valeur que l'original, fait la même foi que lui. Les principes concernant les effets de la chose jugée ou des conventions particulières, sont ainsi, dans l'esprit général de la loi, complètement étrangers à la stipulation des garanties spéciales qu'exige l'article 1335.

Ce point nous paraît d'autant moins susceptible d'être contesté, que le même article admet, indépendamment de toute formalité judiciaire, et en dehors de tout consentement donné par les parties, les grosses ou premières expéditions et même les copies anciennes comme faisant la même foi que l'original. Dans ce cas, M. Toullier (1) est obligé d'accorder à ces copies anciennes la même force contre un étranger que contre celui qui a été partie au contrat copié, l'article 1335 ne faisant aucune distinction entre les personnes qui ont été parties au contrat et celles qui ne l'ont pas été. Or, sur quoi est fondée la foi due à la copie, si ce n'est sur sa conformité présumée avec le titre original? Cette présomption de conformité n'est-elle pas plus forte lorsque la copie a été tirée par l'autorité du magistrat ou du consentement réciproque des parties?

Les observations qui précèdent répondent elles-mêmes à l'objection déduite de ce que l'officier public qui délivre la copie, ne sauraient authentiquement certifier l'existence des faits, déclarations et conventions insérés dans l'acte original. Ce point est incontestable; mais telle n'est pas la question. Il s'agit, en effet, uniquement de savoir si cet officier public, supposé d'ailleurs compétent pour délivrer la copie, en certifie suffisamment la conformité avec le titre original. Or, la question, posée dans ces termes, est résolue par la loi elle-même, puisqu'elle admet la copie comme faisant la même foi que l'original.

Résumons-nous donc, et disons que toutes les fois que les copies, expéditions ou ampliations font la même foi que les originaux qui n'existent plus, elles valent elles-mêmes comme

(1) T. 8, n° 433.

minutes, et doivent être reportées, pour les faits, déclaration dispositions et conventions qu'elles relatent, non pas à la da de leur délivrance, mais à celle de l'original dont elle repr duisent un exemplaire réputé de tous points conforme. Cet conclusion sera d'une vérité plus sensible, si l'on suppos qu'il s'agit de dispositions testamentaires dont les effets do vent se reporter au jour du décès du testateur.

De là ces conséquences faciles à déduire : c'est que le copies constituent, à la date de l'acte original, et non poin seulement du jour où elles ont été tirées (1), un juste titre suffi sant pour prescrire par dix ou vingt ans; qu'elles constaten enfin, à l'égard des tiers, en faveur de ceux qui s'en prévalent la même antériorité de titre que si l'acte original lui-même était produit (2).

Tout ceci n'est cependant rigoureusement vrai que dans le cas où la copie fait généralement et absolument foi, comme le titre original, à l'égard de toutes parties. Supposons donc qu'elle ne fasse foi qu'à l'égard de quelques-unes seulement, parce qu'elles ont été seules dûment appelées, ou qu'elles ont seules donné leur consentement. Dans ce cas, la conformité de la copie avec l'original n'étant pas justifiée par rapport à tous, elle ne fera foi, à l'égard des tiers, que lorsque le commencement de preuve par écrit qui en résulte aura été régulièrement complété. Mais, aussitôt que le complément de preuve aura été administré, elle vaudra, par rapport à eux, de même que le titre original. Que si ce complément de preuve n'a pas lieu, elle fera foi seulement dans la mesure des droits que la partie qui s'en prévaut a à faire valoir contre ceux à l'égard desquels elle est investie d'une pleine force probante.

18. Il peut arriver que chaque partie produise une copie qui présente des variantes dans sa rédaction, et que, néan-

(1) *Contrà*, Duranton, t. 13, n° 244.

(2) Voy. Duranton, t. 13, n° 244. — Marcadé, art. 1335, n° 1. — Bonnier, n° 747.

moins, cette copie fasse également foi, conformément à l'article 1335. Il appartient alors au juge de déterminer, d'après les circonstances, quelle est celle qui doit être crue préférablement. Si, par exemple, l'une des copies produites a été tirée en présence des parties et de leur consentement réciproque, elle devra l'emporter sur celles qui auraient été tirées par l'autorité du magistrat, à moins qu'elle n'eussent été collationnées par le magisirat lui-même, conformément à l'article 852, C. pr. A plus forte raison, devra-t-elle être préférée aux grosses ou premières expéditions, et aux copies simplement anciennes. Les différences de contexte pourront, au surplus, servir elles-mêmes à rectifier les erreurs et réparer les omissions qui auraient été commises dans l'expédition de telle ou telle copie.

Toutes choses parfaitement égales, le doute devra s'interpréter contre le demandeur, parce qu'il n'administre pas la preuve dont la charge lui incombe.

19. Lorsque les copies sont admises par la loi comme faisant la même foi que le titre original, la partie qui les attaque doit s'inscrire en faux contre elles, de même que si le titre original lui-même était produit. Comme elles ont été délivrées par un officier public compétent, elles sont marquées, comme les originaux, du sceau de l'authenticité.

20. Mais dans le cas même où elles font la même foi que les originaux, elles n'emportent voie parée d'exécution que si elles sont délivrées dans la forme exécutoire, c'est-à-dire si elles constituent régulièrement des grosses ou premières expéditions. Le créancier, sans cesser d'avoir un titre parfait, sous le rapport de la force probante, ne peut alors agir par voie d'exécution parée, et doit, pour être admis à intenter de pareilles poursuites, faire reconnaître judiciairement ses droits. Le jugement qui les consacrera formera son titre exécutoire.

21. Lorsque les copies sont simplement admises comme

servant de commencement de preuve par écrit, elles n'on d'autre effet que de rendre admissibles tous moyens ordi naires de preuve, tels que les témoignages et les présomp tions, dans le cas même où ce genre de preuve serait sans elle inadmissible. Mais elles ne forment qu'un commencement d preuve qui a besoin d'être complété; et, comme elles ne cons tituent point par elles-mêmes un titre parfait, elles ne peuven toutes seules fonder une condamnation. Elles ne formen point non plus, en faveur de celui qui s'en prévaut, un juste titre qui puisse servir de fondement à la prescription de dix ou vingt ans.

Que si deux copies différentes dans leur teneur étaient produites concurremment, dont l'une fît la même foi que l'original, et dont l'autre ne servît que de commencement de preuve écrite, cette dernière pourrait néanmoins prévaloir, moyennant un complément de preuve légalement administrée, soit par témoins, soit par présomptions.

Au surplus, les juges ne sont point obligés d'admettre ces copies comme constituant un commencement de preuve par écrit. Ils peuvent les admettre ou les rejeter comme telles, suivant les circonstances de la cause et l'état de leurs convictions (1). Car il faut toujours qu'elles rendent vraisemblable le fait allégué. Cette condition, indiquée par l'article 1347, est essentielle et commune à tout élément présenté comme constituant un commencement de preuve par écrit. Il ne suffit donc pas qu'une copie soit produite; le juge a encore le droit et le devoir d'apprécier les probabilités et les vraisemblances qui en résultent en faveur de l'existence du fait allégué.

22. Quant aux copies de copies qui peuvent, suivant les circonstances, être considérées comme simples renseignements, elles ne sauraient être légalement et utilement invoquées que lorsque le fait qu'il s'agit d'établir est susceptible d'être prouvé

(1) Duranton, t. 13, n° 246.

ar témoins ou par présomptions. Si ces moyens de preuve taient inadmissibles, les copies de copies ne seraient d'aucun ecours, puisqu'elles ne sont admises que comme simples renseignements, comme établissant des présomptions, des indices lus ou moins légers ou considérables.

Cependant, si les parties avaient respectivement invoqué omme fondement de leurs droits une simple copie de copie, hacune d'elles l'interprétant en sa faveur, et prétendant y uiser la preuve du droit par elle réclamé, les tribunaux pouraient prendre pour base de leur décision la pièce produite, uisque les parties s'en sont fait un titre commun (1).

23. Les copies informes tirées par une personne non publiue ne font aucune foi, et ne peuvent même jamais servir de ommencement de preuve par écrit. Le Code ne s'en occupe as et les abandonne, par son silence, à l'appréciation des uges qui peuvent, suivant les circonstances, y voir des indiVces, des présomptions plus ou moins graves (2).

Mais on pourrait, comme au cas où il s'agit de copies de copies, s'en prévaloir contre la partie qui les aurait elle-même produites et invoquées, comme établissant le fondement de ses droits prétendus (3).

24. L'article 1335 ne s'occupe que des copies d'actes publics et authentiques. Les copies d'actes sous seing-privé n'ont aucune foi, à moins qu'elles ne soient tirées par les parties elles-mêmes, et revêtues des mêmes formalités que la loi exige pour la régularité du titre original. Mais alors ces prétendues copies sont de véritables originaux, et en ont toute la force probante.

Les copies des actes privés, qui seraient tirées par des notaires, ne font également aucune foi, et ne peuvent même servir

(1) Cass., 17 déc. 1838. Sirey, 39, 1, 317.
(2) Pothier, *Oblig.*, n° 740.
(3) Dumoulin, *ibid.*, n° 36. — Toullier, t. 8, n° 444.

de commencement de preuve par écrit, à moins que ces ac n'aient été préalablement déposés dans une étude, de mani à être revêtus eux-mêmes du caractère de l'authenticité. No avons expliqué plus haut (1) sous quelles conditions ce dé devait être effectué, pour que l'acte privé prît rang parmi actes authentiques.

25. Quant aux actes que les notaires délivrent en brevet, l copies qui en seraient tirées plus tard, même sous forme grosses exécutoires (2), soit par le notaire qui a reçu l'act soit par tout autre notaire dépositaire, ne sauraient jamais fai la même foi que l'original. Elles peuvent, tout au plus, serv de simples renseignements, sans qu'elles puissent même êt considérées comme établissant un commencement de preu par écrit. Comme elles n'ont pas été tirées sur une minu déposée, le brevet étant remis au créancier, et n'étant pas su ceptible de dépôt, elles ne rentrent point dans les termes paragraphe 3 de l'article 1335.

Elles feraient, cependant, la même foi que le titre origina dans le cas, mais c'est le seul, où le brevet aurait été, tout parties présentes ou dûment appelées, déposé comme minut dans une étude de notaire, soit de celui qui a reçu l'acte ou d tout autre. On rentre alors pleinement dans les disposition de l'article 1335, suivant les distinctions qu'il établit. Le copies qui en seront tirées plus tard feront donc, suivant le cas, soit la même foi que l'original, soit simplement un commencement de preuve par écrit.

Mais il ne paraît même pas que la partie qui veut obteni une expédition d'un brevet non régulièrement déposé, puiss invoquer les dispositions de l'article 844, C. pr. (3). Cet articl suppose, en effet, que l'acte existe encore ou du moins a existé en minute, puisqu'il s'agit d'une deuxième grosse, soit su

(1) Art. 1317, n° 10.
(2) Toullier, t. 8, n° 422.
(3) *Contrà*, Toullier, *ibid.*

inute, soit sur grosse déposée. Le notaire dessaisi du brevet 'a, d'ailleurs, désormais aucune qualité pour en délivrer une xpédition. Sous aucun rapport donc, on n'est dans les termes e cet article 844. C'est au porteur du brevet à s'en contenter omme d'un titre original parfait.

Article 1336.

La transcription d'un acte sur les registres publics ne ourra servir que de commencement de preuve par écrit, t il faudra même pour cela — 1° qu'il soit constant que outes les minutes du notaire, de l'année dans laquelle l'acte araît avoir été fait, soient perdues, ou que l'on prouve que a perte de la minute de cet acte a été faite par un accident particulier; — 2° qu'il existe un répertoire en règle du notaire qui constate que l'acte a été fait à la même date. — Lorsque, au moyen du concours de ces deux circonstances, la preuve par témoins sera admise, il sera nécessaire que ceux qui ont été témoins de l'acte, s'ils existent encore, soient entendus.

Sommaire.

1. Différence entre l'article 1336 et l'opinion de Pothier.
2. Suite.
3. Suite.
4. Les juges ne sont pas obligés d'admettre, dans tous les cas, la transcription comme établissant un commencement de preuve par écrit.
5. Les conditions exigées par l'article 1336 sont irritantes.
6. Il est inapplicable aux actes sous seing-privé.
7. Des relations des registres de l'enregistrement.
8. Distinction. Espèce jugée.
9. Suite. Conséquences de l'arrêt rendu par la Cour de cassation.
10. Les articles 1335 et 1336 n'excluent pas les moyens ordinaires d'établir l'existence d'un acte.
11. Ils sont inapplicables aux exploits et actes d'huissier.

COMMENTAIRE.

1. L'article 1336 décide une question controversée da notre ancien droit, et il la décide dans le sens de Pothier (1). Boiceau (2) pensait que la copie entière et littérale d'un a sur les registres publics faisait au moins un commencem de preuve écrite, qui devait rendre admissible la preuve tes moniale. Mais Danty considérait cette question comme so frant beaucoup de difficulté. Pothier admettait bien la preu testimoniale, mais moyennant le concours de deux conditio Il voulait, d'abord, qu'il fût constant que les minutes de to les actes passés par le notaire, dans l'année dans laquelle prétendait que l'acte avait été fait, ne se trouvaient poi Jusque-là notre article est parfaitement d'accord avec l'opini de Pothier.

Mais il ajoute une alternative toute favorable au demande qui se prévaut de la transcription. Il veut, au moins, que l' prouve, si les minutes de l'année ne sont pas toutes perdu que la perte de la minute de l'acte a été faite par un accide particulier. La preuve de ce fait offre, en effet, une suffisan garantie, et les dispositions du Code sont, sur ce point, u équitable tempéramment apporté à l'opinion trop rigoureu de Pothier.

2. D'un autre côté, l'article 1336 exige une seconde conditi toute nouvelle. Il veut qu'il existe un répertoire en règle d notaire qui constate que l'acte a été fait à la même date, c'es à-dire à la date qui lui est assignée dans la transcription. Q si ce répertoire n'était pas représenté, on offrirait vaineme de prouver l'accident particulier qui en a occasionné la pert Les termes de la loi sont clairs; ils exigent qu'il existe u répertoire. C'est donc sa représentation qui est exigée, sa

(1) *Oblig.*, n° 738.
(2) *De la preuve*, p. 1, ch. 11.

qu'elle puisse être suppléée par la preuve de l'accident particulier qui en a causé la perte. Il faut enfin ne pas perdre de vue que ce n'est que par exception, et contrairement aux principes du droit commun, que la transcription d'un acte peut servir de commencement de preuve par écrit. Raison de plus pour s'en tenir rigoureusement au texte de notre article.

3. Pothier voulait, et c'était sa seconde condition, que le demandeur offrît de faire la preuve de l'existence de l'acte par les témoins qui auraient été présents lorsque l'acte a été fait, ou du moins qui auraient entendu les parties en convenir. Et il ne suffirait pas, ajoute-t-il, que le demandeur prouvât qu'on a vu l'acte entre ses mains; car ces témoins qui voient l'acte ne savent pas si cet acte est véritable, ni s'il est revêtu de ses formes. Ainsi, Pothier n'exigeait pas exclusivement et avant tout l'audition en témoignage des témoins instrumentaires, mais bien de toutes personnes indifféremment qui avaient été présentes à la convention, sans participer autrement à l'œuvre du notaire qui recevait l'acte.

L'article 1336 s'écarte, en ce point, de l'opinion de Pothier. « Il sera nécessaire, dit-il, que ceux qui ont été témoins de l'acte, s'ils existent encore, soient entendus. » On ne peut donc se dispenser de les entendre, alors même que l'on produirait d'autres personnes qui, sans avoir servi de témoins instrumentaires, auraient été présentes lorsque la convention a été faite.

Mais en parlant de leur audition, la loi n'entend pas demander l'impossible. On serait donc dispensé de les entendre, si les témoins instrumentaires, bien qu'encore vivants, étaient en état de démence, en cas de récusation légale, absents sans nouvelles, ou dans des pays étrangers et lointains.

Moyennant le concours de ces conditions : preuve de la perte de toutes les minutes de l'année, ou de l'accident qui a causé la perte de la minute, représentation du répertoire, et, en conséquence, audition des témoins instrumentaires, la

transcription sur les registres publics servant de commencement de preuve par écrit, tous autres moyens de preuve témoignages et présomptions, deviennent dès lors admissibles Et, parmi les témoins entendus, ceux qui ont vu l'acte entre les mains de telle ou telle partie seront sans doute les plus importants, bien qu'il n'aient pu, à la rigueur, en apprécier la sincérité et la régularité.

4. Alors même que les conditions exigées par notre article se trouvent concourir, les juges ne sont point obligés d'admettre la transcription sur les registres publics comme constituant un commencement de preuve par écrit. Ils conservent le droit de vérifier si, d'après les circonstances et les faits particuliers de la cause, cette transcription rend vraisemblable l'existence du fait allégué. Ils ont donc la faculté d'admettre, ou de rejeter, comme insuffisant et imparfait, le commencement de preuve par écrit que le demandeur prétend en faire résulter.

D'un autre côté, pour en faire un titre régulier de condamnation, ils doivent le compléter au moyen de témoignages ou de présomptions.

5. Si les conditions exigées par l'article 1336 n'existent point, les juges, quel que soit le pouvoir discrétionnaire que la loi leur accorde quant à l'appréciation des éléments constitutifs d'un commencement de preuve par écrit, ne peuvent admettre la transcription comme formant un commencement de preuve de ce genre. Les termes de notre article sont formellement exclusifs, et posent des conditions irritantes.

Vainement on prétendrait n'attribuer aux juges que la faculté de voir, suivant les circonstances, dans la transcription, un commencement de preuve par écrit. L'exercice purement facultatif de ce pouvoir arbitraire manque ici de toute espèce de fondement. Car on ne peut, sous aucun rapport, le faire rentrer dans les termes de l'article 1347, qui donne la définition de ce que la loi entend par commencement de preuve par

crit. La transcription d'un acte sur les registres publics, quelles garanties d'exactitude et de sincérité qu'offre le foncionnaire qui l'accomplit, ne constitue point, en effet, un acte ar écrit qui émane de celui contre lequel la demande est formée. Il faudrait donc, pour y attacher ce degré de force proante, le concours de quelque élément particulier qui rentrât pécialement dans les termes de l'article 1347.

6. La transcription d'un acte sous seing-privé ne peut jamais ervir de commencement de preuve par écrit. La raison en st évidente : c'est que, dans ce cas, il est impossible d'accomir les conditions exigées par l'article 1336 (1), dont les termes mêmes ne comprennent que les seuls actes des notaires.

7. Les dispositions de cet article sont inapplicables à la mple relation d'un acte sur les registres de l'enregistrement. es actes n'y sont, en effet, relatés que sommairement et par xtraits. Ces relations ne présentent donc point des garanties uffisantes d'exactitude et de sincérité, et ne sauraient être assiilées à la transcription, qui est une copie entière et littérale.

Elles ne rentrent point davantage dans la définition que l'article 1347 donne du commencement de preuve par écrit. Car lles ne constituent point d'acte écrit émanant de la personne qui on l'oppose. Il est vrai que la transcription elle-même e rentre point non plus dans les termes de cette définition énérale. Mais, ainsi que nous l'avons remarqué, les dispositions de l'article 1336 sont exceptionnelles, et ne doivent pas tre appliquées à des cas différents, sous prétexte d'une anaogie qui même est imparfaite. La relation d'un acte sur les egistres de l'enregistrement, quelque vraisemblable qu'elle ende l'existence de cet acte, ne peut donc être invoquée que omme une présomption plus ou moins grave, et ne constitue oint un commencement de preuve par écrit, alors même que

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 693, 1re édit., et t. 8, p. 284, 4e édit. — URANTON, t. 13, n° 255.

les deux conditions exigées par l'article 1336 seraient égalment accomplies (1).

Quant aux actes sous seing-privé, les relations des livres d l'enregistrement qui les concernent sont encore plus éviden ment inefficaces pour former un commencement de preuve pa écrit, puisque les conditions exigées par l'article 1336, au ca de transcription, ne peuvent jamais concourir. Ce principe été appliqué au cas d'un testament olographe (2), et d'un act de nantissement qui même avait été transcrit en entier sur le registres de l'enregistrement (3).

8. Cependant, s'il s'agissait d'un acte public, et que cet act eût été transcrit en entier sur ces registres, ou que sa relatioı y fût assez complète et assez détaillée pour équivaloir à un véritable transcription, et que toutes les conditions exigée par l'article 1336 se trouvassent réunies, la relation sur le registres de l'enregistrement pourrait alors servir de commencement de preuve par écrit. On rentre, en effet, dans ce cas dans les termes de notre article.

Ainsi l'a décidé la Cour de cassation, dans l'espèce suivante : La dame Teulon, mère d'un enfant naturel dont elle attribuait la paternité au sieur Coste, forme contre ce dernier une demande de pension alimentaire. A l'appui de sa demande, elle représente l'acte de naissance, du 25 brumaire an XII, dans lequel il était dit que l'enfant avait été reconnu comme fils du sieur Coste, par le sieur Astruc, porteur d'une procuration spéciale de ce dernier. Cet acte constatait, en outre, que l'original de la procuration passée en brevet devant notaire, le 6 vendémiaire précédent, avait été remis à l'officier

(1) Toullier, t. 9, n° 72. — Zachariæ, t. 5, p. 693, 1re édit., et t. 8, p. 285, 4e édit. — Locré, t. 2, p. 283, 403 et 520, — Marcadé, art. 1336, n° 2. — Bonnier, n° 754. — Grenoble, 5 juill. 1843. Sirey, 46, 2, 387. — *Contrà*, Duranton, t. 13, n° 255.

(2) Lyon, 22 fév. 1831. Sirey, 31, 2, 280.

(3) Aix, 21 fév. 1840. Sirey, 50, 2, 570. — Voy. encore Cass., 28 déc. 1858. Sirey, 59, 1, 909.

l'état civil, et par lui annexé à l'acte de naissance. Mais te procuration ne se trouvait plus dans le registre.

Coste, qui avait désavoué sa paternité par acte authentique s le 12 novembre 1807, renouvela ce désaveu et prétendit 'il n'avait jamais donné mandat de faire la reconnaissance nt on se prévalait contre lui. La dame Teulon demanda alors faire preuve de l'existence de ce mandat, et elle produisit un extrait du registre de l'enregistrement, ainsi conçu : du vendémiaire an XII, enregistré procuration en blanc pour connaître un enfant dont est enceinte Jeanne Teulon; 2° un trait du répertoire du notaire qui avait reçu la procuration.

La Cour de Montpellier considéra ces pièces comme cons- uant un commencement de preuve par écrit, qui rendait, s lors, admissibles la preuve testimoniale et les présomp- ons simples.

Sur le pourvoi de Coste, la Cour de cassation (1) « établit 'en fait il est reconnu et constaté 1° qu'il existe un réper- ire en règle du notaire, constatant que la procuration a été ite à la même date; 2° qu'au lieu d'en conserver la minute et en délivrer l'expédition, le notaire en remit l'acte en brevet, que, paraphé par le mandataire, remis par lui à l'officier de état civil, l'acte ne fut cependant pas déposé au greffe du ibunal, double circonstance d'où il résulte la perte de l'acte; que la relation de l'enregistrement de la procuration portée r les registres fait mention expresse et littérale de sa date, nom de Bernard Coste, mandant, et de l'objet de l'acte, ce i équivaut, dans l'espèce, à une transcription entière de cet te. »

Elle décide, en conséquence, que, dans ces circonstances et après les faits reconnus constants, la Cour d'appel a pu, dans espèce, sans violer les dispositions de l'article 1336, consi- érer la preuve testimoniale comme admissible.

La Cour de cassation s'est évidemment préoccupée des cir-

(1) 16 fév. 1837. Sirey, 37, 1, 642.

constances particulières de la cause. Il ne faut donc pas ex gérer les conséquences de sa décision, et en induire qu'o puisse admettre les relations des registres de l'enregistreme comme équivalant, dans tous les cas et sans distinction, à transcription dont parle notre article. Si de semblables rel tions peuvent être ainsi considérées, ce n'est que dans des c particuliers et dans des circonstances tout exceptionnelles.

9. Telle est la première et la principale conséquence d l'arrêt que nous venons de rapporter. Mais il en contient d'a tres qui, pour être secondaires, n'en méritent pas moins d'êt signalées.

Ainsi, quand l'article 1336 exige la preuve de l'accident pa ticulier qui a occasionné la perte de la minute, il ne veut pa dire que l'on doit précisément établir le fait spécial par sui duquel la minute a été détruite ou adirée. Il suffit d'expliqu les principales circonstances auxquelles il convient de ratt cher la perte ou la destruction de cette pièce, sans qu'on so tenu d'en préciser les détails accessoires.

Il est ensuite indifférent que la transcription ait eu lieu o non d'une manière obligatoire, sur des registres spécialeme affectés à cette destination, comme au cas de donation, d'ali nation d'immeubles, ou de substitution fidéicommissaire. L transcription ne cesse pas d'avoir sa valeur, comme éléme de preuve, bien qu'elle ait été faite sans nécessité sur de registres publics où l'acte ne devait être rapporté que pa extrait, tels que ceux de l'enregistrement.

Alors même que la transcription n'est pas entière et litté rale, la relation de l'acte, si elle en rapporte tous les élément essentiels, peut, suivant les circonstances, équivaloir à un transcription véritable, sans qu'il y ait à tenir compte de diffé rences peu importantes.

Que si, par exemple, la relation de l'acte sur les registre de l'enregistrement ne mentionne pas les témoins instrumen taires, on peut, néanmoins, établir quels étaient ces témoins

pour les faire entendre, s'ils existent, ou suppléer leur témoignage, s'ils sont décédés, par tous moyens ordinaires de preuve (1).

10. En admettant les copies d'un titre original, ou sa transcription sur les registres publics, comme remplaçant le titre original lui-même, ou comme établissant son existence, suivant les distinctions et sous les conditions qu'ils déterminent, les articles 1335 et 1336 n'excluent point les autres moyens ordinaires d'établir l'existence de faits et de conventions qui auraient été constatés par écrit, en cas de perte du titre qui servait de preuve littérale. L'article 1348 introduit, pour ce cas, une exception aux prohibitions concernant la preuve testimoniale, et autorise le créancier qui a perdu son titre écrit à prouver la perte qu'il allègue, en justifiant qu'elle a été la suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure. Mais telle est alors la situation du créancier, qu'il est tenu de faire une preuve entière et complète, sans avoir en sa possession aucun des éléments prévus par ces deux articles qu'il puisse invoquer.

Ce ne sont pas seulement les actes constatant des conventions, mais encore ceux contenant des dispositions testamentaires, dont l'existence peut ainsi être établie. Par exemple, bien qu'un testament authentique ne soit pas représenté, ni aucune copie ou expédition régulière, les juges peuvent, néanmoins, en reconnaître l'existence et en ordonner l'exécution, en se fondant, soit sur les aveux et déclarations de celui par le fait duquel on prétend qu'il s'est adiré, soit sur l'existence d'une copie signifiée par huissier, à une date plus ou moins ancienne, à l'occasion d'une contestation antérieure (2).

11. Les articles 1335 et 1336 sont inapplicables aux exploits et actes d'huissier. Les termes mêmes dans lesquels leurs dis-

(1) Cass., 16 fév. 1837. SIREY, 37, 1, 642.
(2) Cass., 3 mai 1841. SIREY, 41, 1, 720.

positions sont conçues indiquent que ces actes sont en deho de leurs prévisions. On ne peut donc suppléer la représent tion des originaux ni par les extraits des registres de l'enr gistrement, ni par leur transcription sur des registres public ni même par la production de l'une des copies. En admetta que de pareils éléments de preuve fussent suffisants pour ét blir l'existence de l'original, ils sont impuissants et inefficac pour justifier qu'il a été fait régulièrement et suivant les co ditions de forme déterminées par la loi (1). Mais il reste tou jours l'article 1348, dont les dispositions générales doivent êtr appliquées quand cesse l'application de l'article 1336.

§ V. *Des Actes récognitifs et confirmatifs*

Article 1337.

Les actes récognitifs ne dispensent point de la représentation du titre primordial, à moins que sa teneur n'y soit spécialement relatée. — Ce qu'ils contiennent de plus que le titre primordial, ou ce qui s'y trouve de différent, n'a aucun effet. — Néanmoins, s'il y avait plusieurs reconnaissances conformes soutenues de la possession, et dont l'une eût trente ans de date, le créancier pourrait être dispensé de représenter le titre primordial.

Sommaire.

1. Titre primordial et récognitif.
2. Les actes de reconnaissance peuvent être envisagés à un triple point de vue.

(1) Boncenne, t. 2, p. 242. — Chauveau, sur Carré, *Quest.*, 327 *bis*. — Cass., 1er août 1810. Sirey, 14, 1, 81. — *Contrà*, Bordeaux, 9 mai 1848. Sirey, 48, 2, 349.

Comme moyens de preuve. Aperçus historiques. Distinction.
Suite.
De la relation du titre primordial.
Elle n'empêche pas d'en ordonner la représentation, s'il existe.
Il faut toujours en revenir au titre primordial.
Les parties peuvent convenir que la représentation du titre primordial ne pourra être exigée.
. L'acte récognitif n'existe que par l'intention de reconnaître. Des reconnaissances incidentes.
. Des changements, additions et différences dans l'acte récognitif. Distinction.
. Quand il y a changement?
. Le second paragraphe de l'article 1337 s'applique à toute espèce de modifications.
. Du cas où il y a plusieurs reconnaissances conformes.
. Le juge a alors la faculté de dispenser de la représentation du titre primordial.
. Ce n'est pas qu'il s'agisse, dans ce cas, de prescription.
. L'exception s'applique même au cas de changements et de différences.
. Critiques exagérées de l'article 1337.
. Les reconnaissances peuvent, en tout cas, former un commencement de preuve écrite,
. Même lorsqu'il s'agit de changements. De l'intention d'innover.
. En quels cas le titre récognitif peut l'emporter sur le titre primordial.
. L'article 1337 ne s'applique qu'au cas où il existe un titre primordial.
. Il est inapplicable en matière de commerce.
. Les actes récognitifs sont soumis aux conditions générales.
. Pour reconnaître, il faut avoir la capacité de disposer.
. Des actes récognitifs considérés comme moyen d'interrompre la prescription.

COMMENTAIRE.

1. Le titre primordial, ainsi que son nom l'indique, est l'acte rit qui, le premier et dès le principe, constate l'existence une obligation. Le titre récognitif, au contraire, est celui r lequel une personne déclare qu'elle est tenue envers une tre d'une obligation préexistante.

2. Les actes portant reconnaissance d'engagements anté-

rieurs doivent être envisagés à un triple point de vue, 1° comm moyens de prouver l'existence de l'obligation; 2° comm moyens d'en opérer la confirmation; 3° enfin, comme moye d'en interrompre la prescription. Les conditions essentielles leur efficacité sont différentes, suivant qu'il s'agit d'en fai résulter la preuve ou la confirmation de l'engagement, c l'interruption de la prescription.

Le même acte peut, au surplus, produire ce triple effet. O comprend, en effet, parfaitement que le débiteur peut, e même temps qu'il reconnaît envers le créancier l'existenc d'un engagement antérieur, confirmer cet engagement, soi en lui donnant une force nouvelle ou une force qu'aupara vant il n'avait pas, et, en même temps encore, interrompre l prescription qui courait à son profit, au moyen de cet acte d reconnaissance et de confirmation.

L'article 1337 ne s'occupe des actes récognitifs que comme moyens de prouver l'existence d'une obligation préexistante. Considérés comme moyens de confirmer une obligation, ils rentrent dans les dispositions des articles suivants. Envisagés enfin comme moyens d'interrompre la prescription, ils font le sujet de l'article 2248. Nous avons ainsi, en les caractérisant par leurs effets, les actes recognitifs, les actes confirmatifs et les actes interruptifs.

3. Considérés comme moyens de preuve, les actes récognitifs ont, dans la pratique de notre droit moderne, une importance beaucoup moins considérable qu'autrefois. Sous notre ancien droit, les concessions féodales et ecclésiastiques, les emphytéoses, les baux à rente et autres engagements de la même espèce, aujourd'hui moins fréquents et pour la plupart inusités ou même abolis, fournissaient, sans sortir de l'ordre des intérêts privés, de nombreux sujets d'application aux principes concernant les actes récognitifs. D'autre part, et dans un ordre d'intérêts plus élevés, l'octroi de la part des rois, des seigneurs ou du clergé, de chartes, de franchises, d'im-

nités, de privilèges et de grâces, ramenait nécessairement, ns la pratique, les questions relatives aux actes portant connaissance, à leurs conditions quant à la forme et à leur icacité quant au fond.

Le droit canonique posa le premier en cette matière, comme plusieurs autres, les principes juridiques. C'est à lui que umoulin (1) emprunta sa théorie des actes récognitifs et nfirmatifs; et Pothier (2) l'a reproduite en la résumant. Ce ernier auteur a servi de guide au législateur moderne.

L'opinion de ces auteurs, ainsi que les dispositions de article 1337, repose sur ce principe qui lui sert de point de épart : c'est que toute reconnaissance suppose une obligation réexistante; que le titre récognitif ne fait qu'en déclarer et econnaître l'existence, sans rien innover, sans rien étendre i rien diminuer des dispositions du titre primordial.

Passant aux conséquences de ce premier principe, le droit anonique en déduisait que les actes simplement récognitifs n'ajoutaient rien à la validité du titre primordial; qu'ils ne lui donnaient point une force nouvelle, s'il n'était valable dès le principe, à moins qu'il ne fût établi que le débiteur avait eu l'intention d'en réparer les vices, et de lui donner une valeur que, sans cette confirmation, il n'avait pas.

Nous retrouverons ce principe et ces conséquences dans es dispositions du Code civil; mais nous ne pouvons nous empêcher de remarquer ici la confusion qu'ils tendent, tout d'abord, à établir, et qu'ils avaient effectivement établie dans notre ancien droit, entre les actes simplement récognitifs et es actes confirmatifs. Ce n'est pas que les nombreux points de contact par lesquels ces actes se touchent n'aient contribué eux-mêmes, surtout dans la pratique, à établir cette confusion contre laquelle les auteurs et les tribunaux ne se sont pas toujours garantis. Mais il importe de les distinguer avec soin;

(1) *Paris*, § 8, glose 1, nos 84 et suiv.
(2) *Oblig.*, nos 742 et suiv.

et c'est à la théorie qu'il appartient de leur restituer leu caractères propres, et de marquer les différences essentielle qui les séparent. Il en résulte, en effet, des conséquences pr tiques fort importantes.

Partant du principe que nous venons de rappeler, Pothie distinguait donc, d'après Dumoulin et les canonistes, deu espèces de titres récognitifs ou reconnaissances : celles qu'il appellent *ex certâ scientiâ,* et celles qu'ils nomment *in form communi.*

Les reconnaissances *ex certâ scientiâ,* appelées aussi *in formâ speciali,* étaient celles où la teneur du titre primordial était relatée. Elles équipollaient à ce titre.

Les reconnaissances *in formâ communi* étaient celles où la teneur du titre primordial n'était pas relatée. Ces reconnaissances (nous copions Pothier qui cite lui-même Dumoulin), servaient seulement à confirmer le titre primordial et à interrompre la prescription; mais elles ne confirmaient le titre primordial qu'autant qu'il était vrai; elles n'en prouvaient point l'existence, et elles ne dispensaient point le créancier de le rapporter.

Dumoulin (1) marque plus énergiquement les différences qui distinguaient les deux espèces de reconnaissances. Il y a, suivant lui, cette différence entre elles, que la confirmation donnée *in formâ communi* ne prouve point l'existence du titre prétendu confirmé, tandis que la confirmation donnée *ex certâ scientiâ* en fait foi. C'est que celle-là a un caractère de présupposition et de condition, et que celle-ci est pure et simple et certaine. Quand celui qui confirme le fait *in formâ communi,* sans relater tout au long, *ad longum,* la teneur du titre primordial, il se réfère à ce titre seulement en tant qu'il est régulier, légitime et valable. Et alors il n'apparaît pas qu'il ait eu l'intention de l'approuver purement et simplement, mais

(1) *Ibid.,* n° 88.

niquement dans la présupposition et sous la condition qu'il est entaché d'aucun vice, *si ita sit* (1).

4. Ces aperçus reposent, à coup sûr, sur un grand fonds e vérité. Aussi, l'opinion de Pothier et de Dumoulin a-t-elle é, au moins dans ce qu'elle a d'essentiel et de principal, conacrée par l'article 1337. « Les actes récognitifs, dit-il, ne disensent point de la représentation du titre primordial, à noins que sa teneur n'y soit spécialement relatée. »

Un simple acte de reconnaissance, authentique ou sous eing-privé, en tant qu'il est considéré comme moyen de reuve, est donc insuffisant par lui-même pour établir l'exisence d'une obligation préexistante qui a été le sujet d'un titre rimordial. C'est toujours à ce dernier titre qu'il faut en reveir, en vertu de cette maxime qui domine la matière des econnaissances : à savoir, que la rénovation simple du titre ne roduit, au fond, aucune innovation dans l'engagement.

5. Mais il y a exception quand la teneur du titre primordial st spécialement relatée dans le titre récognitif. Ce dernier cte fait alors pleine foi de l'existence de l'obligation ; et, s'il st en forme exécutoire, bien que l'acte primordial n'ait point a même force, il emporte voie parée d'exécution, comme s'il tait le seul titre constitutif de la dette.

Que doit-on entendre par la relation spéciale de la teneur u titre primordial? Bien évidemment la loi n'exige point, omme Dumoulin le voulait, que ce titre soit reproduit en ntier et transcrit littéralement, tout au long, *ad longum*, dans titre récognitif. La relation de la teneur d'un acte n'en est i la copie ni la transcription entière et littérale. Si les expresons de l'article 1337 ne l'établissaient point suffisamment ar elles-mêmes, il suffirait, pour s'en convaincre, de remaruer que la loi vient de s'occuper, dans les dispositions qui récèdent, de la copie et de la transcription des actes, choses ifférentes en elles-mêmes et dans l'expression.

(1) POTHIER, *Constitution de rente*, n° 151.

La teneur de l'acte primordial sera donc censée relatée lorsque le titre récognitif, sans en reproduire littéralement le contexte, en rapportera les dispositions, en énonçant la nature de l'obligation, son montant, les choses qui en font le sujet, son exigibilité, la date et les autres circonstances du titre primitif qui la constitue. Il est vrai que les canonistes et Dumoulin exigeaient, dans le cas de la confirmation qu'ils appelaient en forme spéciale, la reproduction entière de la teneur du titre. Mais, pour établir que l'article 1337 n'est pas aussi rigoureux, il nous suffit d'observer d'abord qu'il ne s'agit point ici d'actes confirmatifs, mais seulement d'actes récognitifs, considérés comme moyens de prouver l'obligation dont ils présupposent l'existence. D'autre part, Pothier, qui a servi de guide aux rédacteurs du Code, se borne à exiger que la teneur du titre primordial soit relatée. Il n'y a ainsi, entre l'expression de son opinion et la rédaction de l'article 1337, d'autre différence que l'insertion du mot, spécialement. Mais ce terme lui-même, qui ne donne pas une portée sensiblement différente à notre article, semble n'y avoir été inséré que pour mieux caractériser les conditions de forme que doivent réunir les reconnaissances dites *in formâ speciali*. Ajoutons enfin que, pour les actes confirmatifs proprement dits, l'article 1338 exige seulement que la substance de l'obligation s'y trouve rapportée.

Il sera donc pleinement satisfait aux prescriptions de l'article 1337, lorsque l'acte de reconnaissance mentionnera le titre primordial, en énonçant ses dispositions de manière à ne laisser aucun doute sur son existence, son identité, et à suffire lui-même pour préciser et déterminer la portée de l'engagement (1). Dès lors, il importe peu que le titre récognitif soit ancien ou récent. La foi qui lui est due est indépendante de sa date.

(1) TOULLIER, t. 8, n° 484, et t. 10, n° 334. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 448, 1re édit., et t. 8, p. 288, 4e édit. — BONNIER, n° 738. — Cass., 15 avril 1867. SIREY. 1867, 1, 240. — *Contrà*, MARCADÉ, art. 1337, n° 4.

Mais il serait irrégulier et inefficace comme acte de reconnaissance, si la relation du titre primordial ne résultait pas expressément de sa rédaction même. Vainement on prétendrait en compléter la relation inexacte ou incomplète, à l'aide d'éléments étrangers pris en dehors des termes dans lesquels il est conçu.

Il s'ensuit que les tribunaux ont, sur ce point, un pouvoir assez étendu d'interprétation, puisqu'il leur appartient d'apprécier, suivant les circonstances, si les termes de l'acte récognitif contiennent ou non une relation suffisante du titre primordial. Mais, dans l'exercice de ce pouvoir d'interprétation, ils doivent ne pas perdre de vue qu'il ne suffirait point, pour satisfaire aux prescriptions de la loi, d'énoncer, par forme de résumé ou d'extrait succinct, les principales dispositions du titre primordial. Il n'est pas vrai alors que sa teneur soit spécialement relatée, puisque le titre récognitif est insuffisant pour établir, au défaut du titre primitif, les conditions et la portée de l'engagement. S'agit-il, par exemple, d'un acte de vente, il y a nécessité de mentionner le vendeur et l'acquéreur, la chose vendue, le montant du prix, les conditions du payement, toutes les circonstances enfin qui sont de nature à caractériser et spécifier l'obligation.

6. Alors même que le titre récognitif relate spécialement la teneur du titre primordial, et dispense en conséquence de sa représentation, quand il est adiré, néanmoins, s'il est établi, par l'aveu du créancier ou par tout autre moyen de preuve, que ce titre primordial existe, la représentation non-seulement peut, mais encore doit en être ordonnée par le juge, sur la demande de l'une ou de l'autre partie. Régulièrement, en effet, l'acte récognitif ne dispense pas de la production du titre primitif, et, s'il le remplace, ce n'est que sous certaines conditions de forme, et seulement au cas où il est perdu. Telle est l'opinion de Pothier (1), qui suppose, quand il dit que les reconnais-

(1) *Oblig.*, n° 743.

sances faites *in formâ speciali* équipollent au titre primordi et en prouvent l'existence, que ce titre est effectivement adir Les rédacteurs du Code ont suivi trop fidèlement la doctrin de cet auteur, pour qu'on puisse admettre qu'en ce point il s'en soient écartés.

L'application du second paragraphe de l'article 1337 sup pose elle-même que le titre primordial peut au moins êtr représenté, puisqu'il dispose que ce que le titre récogniti contient de plus que le titre primordial, ou ce qui s'y trouve de différent n'a aucun effet. Comment, en effet, serait-il possible d'exécuter cette disposition, si, sous le seul prétexte que l'acte récognitif est en forme, celui qui s'en prévaut pouvait se dispenser de produire le titre primitif, dont l'existence est démontrée par son propre aveu ou par tout autre moyen régulier de preuve? En l'absence de ce titre, tout rapprochement, toute comparaison est impossible, et le second paragraphe de l'article 1337 demeure sans application et sans sanction. D'ailleurs, comme le font remarquer les annotateurs de M. Zachariæ (1), la partie qui s'oppose à la représentation du titre primordial qui existe, n'aurait d'autre intérêt que celui de profiter des changements que l'acte récognitif contient à son avantage. Or, cet intérêt est illégitime aux yeux de la loi, puisque ces changements ne doivent produire aucun effet.

7. Il faut donc, autant que cela est possible, en revenir au titre primordial, soit qu'il n'existe qu'un seul acte récognitif régulier, soit qu'il en existe plusieurs irréguliers, conformes ou différents entre eux. Le législateur est tellement pénétré de cette pensée, que les simples actes de reconnaissance, quelle qu'en soit la forme, n'ont d'autre objet que de déclarer et reconnaître, sans aucune innovation, l'obligation préexistante, qu'il dispose que ce qu'ils contiennent de plus que le titre primordial, ou ce qui s'y trouve de différent n'a aucun effet (1337).

(1) T. 2, p. 449, nte 10, 1re édit., et t. 8, p. 288, nte 12, 4e édit.

Ces dispositions sont absolues comme la présomption qui ur sert de principe. Les actes simplement récognitifs doivent nc toujours être réduits aux termes et aux proportions de cte primordial, auquel ils sont censés ne vouloir ni ne pouir, conformément à l'intention présumée des parties, rien outer ni rien retrancher. Mais remarquons que ce n'est là u'une présomption de droit. Nous aurons à développer plus in cette observation que, pour le moment, nous nous bornons consigner.

8. Les parties peuvent, au surplus, valablement convenir, n passant un acte récognitif, que la représentation du titre rimordial ne pourra être exigée. Cette renonciation au droit e se prévaloir des dispositions de l'article 1337, ne concerant que des intérêts purement privés, n'est contraire, ni à ordre public, ni aux prohibitions de la loi. Elle doit donc roduire ses effets, alors même, par exemple, qu'il s'agirait l'une rente qu'on dit entachée de féodalité, et abolie, en conséquence, par l'article 5 de la loi du 25 août 1792 (1).

9. Mais pour que l'acte récognitif, qui relate spécialement la teneur du titre primordial, puisse dispenser de la représentation de ce dernier titre, il faut qu'il ait été fait réellement dans le but et avec l'intention de reconnaître l'obligation préexistante. Si cette prétendue reconnaissance ne se rencontrait que par forme d'énonciation incidente, dans un autre acte qui a été dressé dans une autre intention que de déclarer et reconnaître l'engagement, elle ne vaudrait point comme acte récognitif.

Tel est le cas où le débiteur d'une rente retire quittance des arrérages qu'il paye, en y faisant ou en y laissant insérer que c'est pour telle rente, constituée tel jour, au capital de... Comme cette énonciation n'a pour objet que de causer la quittance, et non de reconnaître la rente principalement, la quit-

(1) Cass., 5 déc. 1837. Sirey, 38, 1, 72.

tance ne fait pleine foi que du payement des arrérages, et n
de l'existence de la rente; ou plutôt elle ne fait foi de l'ex
tence de la rente, qu'en ce qui concerne le fait particulier
payement qui y est constaté. Ainsi, il en résulte que le pi
tendu débiteur ne s'est point obligé pour l'avenir, mais qu
ne peut agir en répétition de l'indû, qu'à la charge par lui
prouver que la rente n'était pas actuellement due. Si, en effe
on peut légitimement induire du payement que celui qui l'op
rait croyait, à ce moment-là, effectivement devoir, ainsi qu
l'a fait ou laissé exprimer dans l'acte, néanmoins, on ne pe
en conclure qu'il ait eu l'intention de s'engager irrévocabl
ment pour l'avenir, alors que des circonstances particulièr
l'ont plus tard détrompé de sa fausse croyance (1).

Du reste, on ne peut disconvenir que la quittance contenar
une semblable reconnaissance, bien qu'elle ne fasse pas tout
seule pleine foi, ne puisse contribuer à établir la preuve d
l'existence de l'obligation, lorsqu'elle est jointe à d'autre
documents. Elle constitue même un commencement de preuv
par écrit (2).

Observons, toutefois, qu'il ne faut point considérer comm
purement incidente toute reconnaissance qui aurait été inter
calée, par forme d'énonciation, dans un autre acte, et pa
cela seul qu'elle y aurait été ainsi intercalée. Il importe peu
en effet, qu'elle se trouve dans un autre acte, si elle y a été
insérée principalement dans le but et avec l'intention de
reconnaître l'obligation préexistante, et de s'y engager pour
l'avenir. Mais il faudra toujours, pour qu'elle vaille comme
titre récognitif parfait, qu'elle relate spécialement la teneur du
titre primordial. La solution de cette question est donc elle-même, on le comprend sans peine, subordonnée à l'appréciation des circonstances.

(1) DUMOULIN, *De usuris, Quest.* 20, n° 20. — POTHIER, *Constitution de rente*, n° 153.

(2) POTHIER, *ibid.*

10. Quant aux changements, additions et différences qui euvent se trouver dans un acte récognitif, Pothier (1) fait tte distinction : Si le débiteur s'est obligé à plus ou à quelque hose de différent, il doit, suivant lui, en être déchargé, en apportant le titre primordial et en faisant reconnaître l'er-eur qui s'est glissée dans la reconnaissance. Il faut même oujours en revenir au titre primordial, quand même l'erreur e serait continuée dans une longue suite de reconnaissances. Si, au contraire, le débiteur a reconnu pour moins qu'il l'est porté par le titre primordial, et s'il y a plusieurs recon-naissances conformes qui remontent à trente ans, le créan-cier, en rapportant le titre primordial, ne pourra prétendre plus qu'il n'est porté par les reconnaissances, parce qu'il y a prescription acquise pour le surplus.

Remarquons ce dernier motif donné par Pothier. Ce n'est donc pas comme titres récognitifs que les reconnaissances sup-pléent le titre primordial, et dispensent de sa représentation; c'est seulement en vertu de la prescription acquise à son profit que le débiteur est libéré de tout ce que les actes récognitifs portent en moins dans ses engagements. Aussi, M. Duranton (2) a-t-il raison de dire qu'il ne voit pas pourquoi Pothier, dont il paraît d'ailleurs adopter la distinction, exige qu'il y ait plu-sieurs reconnaissances conformes, puisque la prescription seule suffit.

MM. Aubry et Rau sur Zachariæ (3) paraissent même aller encore plus loin et pousser à l'extrême la distinction de Pothier, quand ils disent que si l'acte récognitif diffère de l'acte primordial, les additions ou les changements qu'il con-tient à la charge du débiteur ne produisent aucun effet. Ils semblent ainsi distinguer entre les changements opérés à la charge ou au profit du débiteur, et en faire profiter indistinc-

(1) *Oblig.*, n° 744, et *Constitution de rente*, n° 150.
(2) T. 13, n° 262. — Marcadé, art. 1337, n° 5, en note.
(3) T. 2, p. 450, 1re édit. — Marcadé, art. 1337, n° 5.

tement ce dernier, nonobstant la représentation du titre pr mordial, soit qu'il existe un seul ou plusieurs actes récogniti remontant même à moins de trente ans.

Quant à nous, nous ne saurions admettre cette distinctio entre les changements en plus et les changements en moin entre ceux qui sont à la charge du débiteur et ceux qui so à sa décharge. On peut, il est vrai, présumer tout d'abord qu le législateur moderne n'a pas entendu s'écarter de l'opinio de Pothier, auquel il paraît avoir emprunté les disposition de l'article 1337. Et cette considération aurait sans doute un grande valeur, s'il s'agissait de l'interprétation d'un texte qu présentât quelque obscurité. Mais si les termes de la loi son clairs, on ne peut leur faire violence au point de leur substi tuer une simple opinion d'auteur, sous le seul prétexte qu c'est à cette source que la loi a dû être puisée.

Or, le texte du paragraphe 2 de l'article 1337 nous semble repousser la distinction que l'on propose, d'autant mieux que, si le législateur du Code eût voulu la consacrer, on peut croire, avec raison, qu'ayant sous les yeux l'opinion de Pothier, il se serait autrement exprimé. S'il se bornait à dire que ce que les titres récognitifs contiennent de plus que le titre primordial n'a aucun effet, on pourrait, à coup sûr, tirer de cette rédaction un argument décisif en faveur de la distinction que nous combattons, et dire, en conséquence, que les seuls changements et additions qu'ils contiennent, à la charge du débiteur, sont réputés non avenus. Mais il ajoute que ce qui s'y trouve de différent n'a aussi aucun effet. Ces expressions sont générales ; elles signifient toute modification, toute différence, quelle qu'elle soit, au profit ou au préjudice de l'un ou de l'autre des contractants, sans qu'il y ait à faire, à cet égard, aucune distinction.

Nous savons bien que l'on peut dire que la cause de la libération est favorable, que les lois inclinent toujours du côté du débiteur. Mais cette considération est ici déplacée et contredite par l'esprit général de la loi en matière de reconnaissances.

ci, en effet, d'abord, quelle est la situation respective des ties : Le débiteur invoque l'acte récognitif, qui contient en faveur des changements en moins; le créancier oppose :te primordial, qui contient des différences en plus. Le débi- r invoque donc une exception de libération ; or, comme nandeur en son exception, il doit la justifier. Est-elle prou- : et justifiée par cela seul qu'il produit un acte récognitif? llement; car cet acte est en contradiction avec le titre pri- ›rdial; et telle est, en matière de reconnaissances, la pensée minante et la présomption générale de la loi, que les par- s, en faisant un acte récognitif, ont eu seulement l'intention reconnaître et de déclarer l'obligation préexistante, sans y porter au fond aucuns changements, aucunes additions, cunes modifications, soit en plus, soit en moins. Comme la ntradiction qui existe entre le titre primordial et le titre cognitif s'explique, dans l'esprit de la loi, par une pré- mption d'erreur, c'est donc toujours au titre primitif qu'il ut recourir. La condition des parties reste ainsi égale, et :tte égalité nous paraît beaucoup plus conforme aux princi- :s de droit et d'équité, qu'une distinction arbitraire que :poussent en même temps et le texte et l'esprit de la loi (1).

11. C'est encore une conséquence des principes généraux u droit, en cette matière, qu'il ne convient d'admettre des ifférences entre le titre récognitif et le titre primordial, que ›rsqu'elles y sont formellement et particulièrement expri- iées. Si la reconnaissance était conçue en termes généraux, t qu'elle rappelât, par des expressions spéciales, certains ffets du titre primitif, ces énonciations ne devraient pas être onsidérées comme emportant des changements et des déro- ;ations.

12. On a prétendu que les dispositions de l'article 1337, ; 2, ne s'appliquent point aux clauses et conditions acces-

(1) TOULLIER, t. 8, n° 489. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 286, 4e édit.

soires, nouvelles et différentes, telles que celles qui concern un cautionnement, la solidarité, une garantie quelconq; mais qu'elles s'appliquent seulement aux modifications innovations qui se réfèrent à l'objet principal de l'obligati établie dans le titre primordial (1). Cette distinction n semble arbitraire, et les termes absolus de notre article repoussent. Ils déclarent de nul effet tout ce que le titre ré gnitif contient de plus ou de différent. Or, on ne saur contester que ces clauses relatives au cautionnement, à la so darité, à une garantie, bien qu'elles soient accessoires, s qu'elles s'y trouvent en plus ou en moins, constituent quelq chose de différent qui doit demeurer sans effet, à moins qu ne soit établi par les circonstances que les parties ont volo tairement consenti ces modifications et entendu qu'elles fu sent exécutées.

13. Telles sont les dispositions générales de l'article 133 Venons maintenant aux exceptions.

« Néanmoins, ajoute-t-il, s'il y avait plusieurs reconna sances conformes, soutenues de la possession, et dont l'une e trente ans de date, le créancier pourrait être dispensé de repr senter le titre primordial. » Trois conditions doivent ainsi co courir.

Il faut plusieurs reconnaissances, deux au moins, conform l'une à l'autre ; de telle sorte que, si les titres récognitifs étaie alternativement différents entre eux, et qu'il ne s'en rencontr pas deux au moins de suite qui fussent conformes, la premièı condition voulue par notre article ferait défaut.

Mais, par conformité, l'on ne doit pas entendre une identi littérale et textuelle. Les actes ne laissent pas d'être confo mes, bien que leur rédaction ne soit pas identique, si les di positions qu'ils contiennent sont exactement les mêmes, sar additions ni changements appréciables, sans opposition ni coı tradiction entre elles.

(1) Toulouse, 5 avril 1838. Sirey, 39, 2, 380.

Il faut, en outre, que les titres récognitifs soient soutenus la possession, c'est-à-dire que la possession que les parties ercent de leurs droits respectifs, doit être conforme aux dissitions des reconnaissances. Cette conformité de la possesn avec le titre donne à celui-ci une force plus grande, et e autorité qu'il n'aurait pas comme titre simplement récoitif. Le fait vient alors confirmer et corroborer les énonciaons de l'acte.

L'une au moins des reconnaissances doit enfin avoir trente s de date. Son ancienneté en fait présumer la sincérité et xactitude, en même temps qu'elle fait présumer la perte ou destruction du titre primordial.

Si l'acte récognitif mentionne sa date, cette énonciation fait i entre les parties, leurs successeurs et ayants-cause, suint les principes que nous avons développés plus haut, en ce ui concerne la foi due aux actes authentiques ou sous signaure privée.

Si l'acte récognitif ne relate point sa date, il appartient aux ibunaux de la déterminer et d'en fixer l'ancienneté, d'après appréciation des circonstances.

Le temps déterminé pour qu'un acte récognitif soit réputé ncien, sert lui-même de mesure à la durée de la possession ui doit le soutenir. La possession doit donc, comme le titre, emonter à trente ans. Autrement, si elle avait une durée oindre, il serait inexact de dire que la reconnaissance est outenue de la possession.

14. Moyennant le concours de ces trois conditions, pluralité le reconnaissances conformes, ancienneté de l'une d'elles au noins remontant à trente ans, possession conforme et trenenaire à l'appui, le créancier peut être dispensé de repréenter le titre primordial. Mais ce n'est pour le juge qu'une aculté dont il peut user ou ne pas user, suivant les circonsances. Alors donc que le créancier allègue que le titre primordial est détruit ou adiré, cette allégation peut ne pas suffire

pour le dispenser de produire le titre primitif. Le juge, appr
ciant les faits de la cause et vérifiant la vraisemblance d
cette assertion, a la faculté de le dispenser ou non de l
représenter, d'admettre ou non, en conséquence, les acte
récognitifs comme faisant la même foi que l'acte primordia
Même dans ce cas, les actes de reconnaissance ne sont don
pas pleinement et absolument investis de force probante.

15. En exigeant que les reconnaissances soient soutenue de la possession, et que l'une d'elles ait trente ans de date, pou que le créancier puisse, malgré l'irrégularité des actes réco gnitifs, être dispensé, suivant les circonstances, de représente le titre primordial, l'article 1337 ne veut pas dire qu'il existe en ce cas, une prescription quelconque en faveur de l'une o de l'autre des parties. Il n'y a de rapport avec la prescriptio proprement dite, qu'en ce qui concerne le fait de la possessio qui appuie le titre, et le délai de trente ans qui constitue l'an cienneté de la reconnaissance. Quant aux autres conditions de la prescription, elles sont parfaitement étrangères aux dispositions de l'article 1337. Il ne saurait donc être question d'interruption ni de suspension de prescription. C'est qu'il ne s'agit ici que de déterminer, en dehors des règles ordinaires de la prescription, le degré de force probante dont est investi un titre récognitif.

Ce n'est pas cependant qu'une véritable prescription ne puisse être acquise et invoquée par l'une ou l'autre des parties. Mais elle le sera indépendamment des titres respectivement produits, et conformément aux principes qui en fixent les règles particulières. L'article 1337 est alors sans application, et la prescription accomplie, non-seulement dispense le créancier ou le débiteur de représenter le titre primordial ou récognitif, mais encore interdit au juge le pouvoir d'en exiger la représentation, puisqu'ils sont, l'un et l'autre, frappés d'inefficacité ou plutôt d'extinction. Il est donc fort important de distinguer la prescription proprement dite des conditions

igées par l'article 1337, pour l'application de l'exception
l'il consacre.

16. Mais quelle est la portée de cette exception? On est d'accord pour reconnaître qu'elle s'applique incontestablement au s où les actes récognitifs ne relatent point spécialement la neur du titre primordial. Il peut alors être suppléé à ce titre, ı moyen de plusieurs reconnaissances conformes, soutenues e la possession, et dont l'une ait trente ans de date.

Mais cette exception ne s'applique-t-elle pas également au ıs où les actes récognitifs contiennent quelque chose de plus u de différent que le titre primordial? On en conteste ici application, et, à l'appui de ce système d'interprétation, on it (1) que le troisième paragraphe de l'article 1337 a été littéalement emprunté à Pothier (2); que l'exception qu'il conacre ne s'appliquait qu'au cas où l'acte récognitif avait été édigé *in formâ communi*, sans relater la teneur du titre prinordial; qu'il est difficile de croire que le législateur du Code ivil lui ait donné, en en conservant le texte littéral, une extension que Pothier lui refusait; que, si ce troisième paragraphe clot l'article 1337, ce n'est que par suite d'une erreur le rédaction, car sa place est immédiatement après le premier paragraphe, puisqu'il doit en être, comme dans Pothier, la suite et l'exception.

Ces considérations historiques sur les sources où ont été puisées les dispositions finales de l'article 1337, ont sans doute une grande importance, et nous essayerions vainement d'en méconnaître l'autorité. Cependant, sans cesser de reconnaître tout ce que les sources de notre Code offrent d'important et d'utile pour son interprétation, nous ne cesserons de répéter que, avant tout et après tout, il faut s'attacher au texte de la loi, au sens naturel et simple de ses dispositions. Qu'importe que le législateur moderne n'ait point exprimé l'intention de

(1) Toullier, t. 8, n°s 486 et suiv. — Zachariæ, t. 2, p. 450, 1re édit.
(2) *Oblig.*, n° 743.

modifier et de changer les anciens principes? Si les termes dans lesquels est conçue la loi nouvelle ne les consacrent pas formellement, s'ils en expriment de différents ou même de contraires, il faut bien se soumettre et se résigner à les accepter.

Or, il nous semble qu'on fait violence au texte de l'article 1337, lorsqu'on veut restreindre la portée de ses dernières dispositions. Nous n'en voulons d'autre preuve que le changement qu'on est forcé d'opérer dans la distribution de ses paragraphes. De quel droit en intervertir ainsi l'ordre et le classement, alors surtout que cette interversion amène des résultats aussi graves? Si elle se justifiait par le besoin d'échapper à une conséquence d'une révoltante injustice ou d'une choquante absurdité, nous comprendrions ce mode d'interprétation, tout violent qu'il paraisse. Mais cette excuse manque ici complètement. Car le sens que nous entendons donner au troisième paragraphe de l'article 1337 n'a rien que de très juste et de très équitable, ainsi que nous allons le montrer.

Il nous semble donc que l'exception qu'il consacre s'applique, non-seulement au cas où l'acte récognitif ne relate pas la teneur du titre primordial, mais encore au cas où il contient quelque chose de plus et de différent. Le terme, néanmoins, qui commence le dernier paragraphe, en même temps qu'il marque son rapport avec les dispositions qui précèdent, annonce, en effet, une exception à ces mêmes dispositions. Il ne fait aucune distinction entre elles; il se rattache à l'une et à l'autre pour les compléter et les expliquer. Et, chose remarquable! alors qu'il semble se lier par des rapports plus prochains et plus immédiats, du moins dans le sens grammatical, au paragraphe qui le précède immédiatement, c'est ce même paragraphe que l'on supprime pour le rejeter à la fin de l'article, comme une disposition absolue, indépendante, et n'admettant aucune exception. Le texte et la distribution des paragraphes de l'article 1337 résistent donc à une interprétation semblable.

Mais pourquoi le législateur moderne a-t-il ainsi modifié l'opinion de Pothier, en lui donnant une portée plus considérable? Pourquoi!... Il nous suffirait d'abord de répondre que la difficulté même d'expliquer et de justifier ces changements ne les empêcherait pas d'exister. Mais cette difficulté n'existe point. On a adressé, en effet, de vives critiques aux dispositions de notre article. On s'est même ingénieusement appliqué à en éluder, autant que possible, l'application rigoureuse (1). Toute exception à la sévérité de ses dispositions est donc favorable, et doit être favorablement accueillie. Or, n'est-ce pas une disposition bien rigoureuse, qui même peut le plus souvent, si elle n'est équitablement tempérée, contrarier les principes d'équité et de justice, que celle qui se trouve dans le second paragraphe de l'article 1337, et d'après laquelle la loi ne reconnaît aucun effet à ce que le titre récognitif contient de plus ou de différent que le titre primordial?

Nous verrons plus loin si cette disposition n'est point susceptible, dans son application, d'autres restrictions et de nouveaux tempéraments. Nous nous bornons ici à demander s'il n'est pas équitable et juste que, dans certaines circonstances, le titre récognitif, qui contient des additions et changements, puisse équipoller au titre primordial, et dispenser celui qui se prévaut de la reconnaissance de représenter ce dernier titre. Eh bien, c'est cette exception que la loi nouvelle, moins rigoureuse et plus équitable que l'opinion de Pothier, a entendu consacrer dans le troisième paragraphe de l'article 1337. Appliqué aux actes récognitifs qui contiennent des changements en plus ou en moins, il signifie donc que, bien qu'en principe ces changements n'aient aucun effet, néanmoins, s'il y a plusieurs reconnaissances conformes, soutenues de la possession, et dont l'une ait trente ans de date, les tribunaux

(1) Voy. MALEVILLE, sur l'art. 1337. — TOULLIER, t. 10, nos 313, 331. — DURANTON, t. 13, n° 263. — DELVINCOURT, t. 2, p. 391. — ZACHARIÆ, t. 8, p. 286, 4e édit.

auront la faculté de ne pas exiger la représentation du tit primordial. Ainsi, les reconnaissances pourront, par ell mêmes, le suppléer, et avoir par leur conformité, leur ancie neté et l'appui de la possession, même sans qu'il y ait prescription proprement dite, une pleine et entière for probante. Dans ces termes, l'exception dont il s'agit no paraît aussi conforme aux principes de justice et d'équi qu'au texte même de l'article 1337.

17. Nous venons de dire que ses dispositions avaient é l'objet de vives critiques. On a prétendu, en effet, que, da leur sévérité, elles étaient en opposition avec les principes q déterminent la foi due aux actes publics ou sous seing-priv ainsi qu'à l'aveu; qu'en exigeant la relation dans l'acte réc gnitif de la teneur du titre primordial, ou le concours d plusieurs reconnaissances conformes et soutenues de la pos session, en n'attribuant enfin aucun effet aux changements e additions, l'article 1337 était en désaccord avec les article 1319, 1320, 1322, 1356, C. civil; que ce défaut d'harmoni entre les dispositions du Code résultait de ce que le législateu moderne avait emprunté l'article 1337 aux ouvrages de Pothier sans faire attention que ce savant auteur avait confondu le actes de reconnaissance avec les actes de confirmation, e appliqué à la force probante des premiers des règles qui ne s'appliquaient qu'à ceux-ci, alors, cependant, que Dumoulin avait pris soin de les distinguer (1).

Ces critiques, fondées à quelques égards, ne laissent pas d'être empreintes d'une certaine exagération. L'article 1337 n'est point, en effet, autant du moins qu'on le prétend, en opposition avec les principes consacrés par d'autres articles du Code. Quand on lui reproche de n'attacher de force pleinement probante aux actes récognitifs que sous des conditions d'une

(1) Voy. Toullier, t. 10, nos 313 et suiv.; 327-330. — Marcadé, art. 1337.

ueur excessive, on ne tient pas suffisamment compte, d'une
rt, de la nature spéciale des reconnaissances, et, d'autre
rt, des tempéraments et restrictions dont les dispositions
notre article, si sévères en apparence, sont néanmoins sus-
ptibles. Répétons-le donc : s'il exige la relation de l'acte
imordial dans l'acte récognitif; si, à défaut de cette relation,
veut plusieurs reconnaissances conformes, anciennes et sou-
nues de la possession ; s'il écarte comme étant sans effet tous
angements et additions, c'est que dans sa pensée, les parties
bornant à reconnaître l'obligation préexistante, sont présu-
ées, par cela même, avoir entendu s'en référer, dans tous
s cas, au titre primordial, qui n'était ni altéré, ni modifié,
i suppléé par l'acte récognitif. Telle a été la pensée du légis-
teur, et les dispositions de l'article 1337 y sont conséquentes.

Nous comprendrions la justesse des critiques dont elles ont
té l'objet, si elles étaient tellement rigoureuses et absolues,
ue toute espèce de force probante, à un degré quelconque,
ût déniée aux actes récognitifs ne remplissant pas les condi-
ions déterminées. Une inefficacité aussi radicale serait bien
aite pour choquer les principes du droit et de l'équité; mais
tel n'est point le sens de l'article 1337.

18. Alors même qu'en l'absence des conditions voulues, les reconnaissances ne font pas foi pleine et entière, et n'équipollent pas au titre primordial, dont la représentation peut toujours être exigée, elles ne sont pas, néanmoins, destituées de toute espèce de force probante. Elles valent toujours, du moins, comme commencement de preuve par écrit, et rendent, en conséquence, admissibles tous autres moyens de preuve. Les juges peuvent ainsi, dans tous les cas, admettre, à ce titre, les actes récognitifs, sauf à eux à exiger de la partie qui les invoque, le complément de preuve dont elle est tenue.

Peu importe qu'il n'existe alors qu'un seul acte de reconnaissance, que cet acte unique ne soit même pas soutenu de la possession. Il ne laisse pas de valoir, puisqu'il en réunit

toutes les conditions, comme commencement de preuve pa écrit; et il ne reste plus qu'à le compléter au moyen de témo gnages ou de présomptions.

19. Les actes de reconnaissance contiennent-ils, par rappor à l'acte primordial, quelques changements en plus ou en moins quelques additions ou réductions; ils pourront encore préva loir sur le titre primitif, pourvu que la partie qui les invoqu établisse clairement, par tous les moyens ordinaires de droit que l'intention commune des contractants a été d'introduir ces innovations et modifications dans leurs engagements.

L'article 1337 est enfin inapplicable lorsqu'il résulte évi demment, soit des circonstances de la cause, soit des termes de l'acte récognitif, que les parties ont entendu faire une novation proprement dite, et substituer le nouveau titre à l'ancien, qui demeure dès lors frappé d'extinction (1).

20. En subordonnant à certaines conditions la force probante des actes récognitifs, notre article ne fait donc que reconnaître l'antériorité et la supériorité du titre primordial considéré comme tel. Mais la présomption légale établie en sa faveur n'est point tellement exclusive et absolue, qu'elle écarte toute preuve contraire. Si le titre récognitif, en l'absence des conditions exigées, apparaît avec une force relativement moindre, il peut néanmoins devenir un titre complet et parfait, au préjudice même du titre primordial qui est représenté, toutes les fois que le commencement de preuve qui en résulte est parachevé par tous les moyens ordinaires de droit. Mais ce complément de preuve en est la condition essentielle. Ainsi tempéré dans son application, l'article 1337 peut-il être accusé de violer les principes qui régissent la foi due aux actes publics ou sous signature privée?

21. Il résulte de ses termes qu'il est inapplicable au cas où

(1) Toullier, t. 8, n° 488. — Zachariæ, t. 2, p. 448 et 450, 1re édit., et t. 8, p. 287, 4e édit. — Marcadé, art. 1337, n° 6.

ı'a jamais existé de titre primordial. L'acte de reconnais-
ıce est primitif lui-même, puisqu'il est le premier qui cons-
e l'engagement. Il fait donc pleine foi par lui-même, con-
mément aux règles qui déterminent la force probante des
es publics ou sous seing-privé.

22. Les dispositions de l'article 1337 sont enfin inapplicables matière de commerce. Telle est la conséquence du principe 'en cette matière les juges peuvent se décider par la preuve stimoniale et les présomptions ordinaires (1).

23. Les actes récognitifs sont, quant à leur forme, soumis ıx conditions générales que la loi exige pour la régularité la validité des actes privés ou publics, sans préjudice des onditions spéciales exigées par l'article 1337.

24. Pour reconnaître valablement, il faut avoir la capacité e disposer de ses droits (2). L'acte récognitif émané d'un ıcapable serait donc soumis à une action en nullité ou en escision.

25. Nous avons examiné jusqu'à présent les actes récognitifs u point de vue où l'article 1337 les considère lui-même, c'est- -dire comme moyen de prouver l'existence d'une obligation réexistante. Considérés comme moyen d'interrompre la pres- ription, ils ont un caractère spécial, des effets particuliers, t sont soumis à des conditions différentes.

En principe général, les actes de reconnaissance interruptifs le la prescription demeurent soumis aux règles ordinaires de l'aveu. Les dispositions de l'article 1337 leur sont, en consé- quence, inapplicables.

La reconnaissance interruptive peut être expresse ou tacite. Elle est expresse lorsqu'elle résulte d'actes écrits, soit qu'il s'agisse d'actes entre vifs ou testamentaires, soit qu'ils rem-

(1) Cass., 29 déc. 1835. Sirey, 36, 1, 751.
(2) Pothier, *Oblig.*, n° 743.

plissent ou non les conditions exigées par les articles 1337 1338. Elle est tacite lorsqu'elle résulte de faits qui suppose nécessairement, de la part du reconnaissant, un aveu implici de son obligation.

Expresse ou tacite, elle n'a pas besoin, pour produire effe d'être acceptée par le créancier. Il suffit qu'il ne la répudi pas pour qu'il puisse incessamment s'en prévaloir. Les acte récognitifs, au contraire, en tant qu'ils sont considérés comm moyens de preuve, constituent des faits qui présentent u caractère conventionnel, et ont besoin, pour produire effet d'être contractuellement acceptés comme tels.

A la différence des simples actes récognitifs, qui doiven émaner de personnes capables de s'obliger, les actes interruptifs sont valables, bien qu'ils n'émanent pas de personnes capables de contracter, de disposer de leurs droits ou d'y renoncer (1). Comme une semblable reconnaissance n'a pas même pour objet de fournir, au moyen d'un acte écrit, la preuve d'une obligation préexistante et déjà constatée, on ne peut dire, la prescription n'étant point acquise, que le reconnaissant contracte une obligation ou fait une renonciation quelconque. Il n'y a donc point lieu, de sa part, à action en nullité ou en rescision.

L'article 2263 nous offre un exemple de reconnaissance considérée comme interruptive de la prescription, quand il dispose qu'après vingt-huit ans de la date du dernier titre, le débiteur d'une rente peut être contraint à fournir, à ses frais, un titre nouvel à son créancier ou à ses ayants-cause. Mais nous n'insisterons pas davantage sur cette matière, qui appartient au titre de la prescription.

Article 1338.

L'acte de confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en res-

(1) Zachariæ, t. 2, p. 447, 1re édit., et t. 2, p. 355, 4e édit.

on, n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de te obligation, la mention du motif de l'action en rescision, l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est dée. — A défaut d'acte de confirmation ou ratification, il fit que l'obligation soit exécutée volontairement après poque à laquelle l'obligation pouvait être valablement conmée ou ratifiée. — La confirmation, ratification, ou exécun volontaire dans les formes et à l'époque déterminée par loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions e l'on pouvait opposer contre cet acte, sans préjudice, anmoins, du droit des tiers.

Sommaire.

1. Ce qu'est la confirmation.
2. Elle diffère de la reconnaissance.
3. Il ne s'agit point ici de la ratification prévue par l'article 1998. Observations.
4. Suite.
5. Quels engagements peuvent être confirmés.
6. Suite. Obligations naturelles.
7. Origine des divers vices qui peuvent entacher une obligation. Règle générale.
8. Vices d'objet et de cause. Distinction.
9. Exemples. Usure. Contrat pignoratif. Louage de services à vie.
10. Vices de forme.
11. Distinction entre la confirmation de l'acte et la confirmation de l'obligation.
12. Il faut qu'il existe une obligation.
13. Du défaut de signature de l'officier public ou de la partie.
14. De la preuve de l'obligation confirmée.
15. A quelle époque la confirmation peut avoir lieu utilement.
16. Vices de forme, de capacité et de consentement.
17. Des actes des mineurs. Confirmation du tuteur ou curateur.
18. Des actes des femmes mariées. Confirmation du mari. Si elle oblige la femme.
19. Vices d'objet et de cause.
20. Vices d'objet. Exemples.
21. Vices de cause. Modifications au contrat de mariage.

22. De la confirmation des conventions matrimoniales.
23. Suite. Donation par contrat de mariage. Exécution.
24. Traité intervenu entre le tuteur et le pupille.
25. Des obligations sans cause ou sur fausse cause.
26. De la lésion.
27. Principe de la confirmation.
28. Conditions auxquelles sont soumis les actes confirmatifs.
29 Ils doivent en justifier par eux-mêmes.
30. Ils peuvent, au fond, être entachés de quelque vice.
31. *Quid*, si l'acte ne mentionne point le vice ou l'intention de réparer?
32. Tous moyens de preuve sont alors admissibles.
33. *Quid*, s'il ne mentionne qu'un seul vice?
34. *Quid*, s'il existe plusieurs vices?
35. Suite.
36. Connaissance du vice. Distinction entre la partie et ses successeurs. Article 892.
37. Qui doit prouver le concours des conditions exigées ou leur défaut?
38. Distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit.
39. Les juges peuvent apprécier les circonstances.
40. Pour confirmer, il faut être capable de s'obliger.
41. L'exécution doit être volontaire.
42. Quand elle vaut confirmation tacite.
43. Peu importe qu'elle soit totale ou partielle. Ses caractères.
44. Ce qu'elle comprend.
45. De l'intention d'exécuter manifestée simplement.
46. Article 892. Il rentre dans le droit commun. *Quid* pour la lésion?
47. La confirmation expresse ou tacite n'a pas besoin d'acceptation.
48. De la confirmation par acte testamentaire.
49. La confirmation expresse ou tacite emporte renonciation à l'action en nullité.
50. Mais le confirmant peut agir d'un autre chef ou en une autre qualité.
51. Ce que signifient ces mots, sans préjudice du droit des tiers? Ancien droit. Opinion des auteurs. Distinction entre les nullités absolues et relatives.
52. Distinction proposée par Basnage.
53. Autre distinction entre l'hypothèque et l'aliénation.
54. Questions particulières. La prescription de l'action rétroagit envers tous.
55. Ce qu'on doit entendre ici par tiers.
56. La confirmation n'est point un titre nouveau. Conséquences.
57. Elle peut être opposée aux tiers qui ont contracté postérieurement.

;. Discussion. Elle n'a pas d'effet rétroactif envers les tiers qui ont auparavant acquis des droits dans le temps intermédiaire.

). Les tiers exercent l'action dans le temps fixé pour la prescription.

). De la ratification dans les termes de l'article 1998.

| De l'espèce de confirmation résultant de l'exception de garantie.

COMMENTAIRE.

1. Confirmer une obligation, c'est littéralement lui donner de la force, soit qu'il s'agisse de lui communiquer une force plus grande que celle qu'elle avait déjà, ou une force nouvelle qu'elle n'avait pas encore. La confirmation suppose ainsi l'existence d'une obligation qui n'est pas parfaite sous le rapport de la force juridique, puisqu'elle a besoin d'être fortifiée. Or, ce défaut de force tient à l'existence de quelque vice dont elle est entachée, soit dans la forme, soit au fond, et qui la soumet à une action en nullité ou en rescision. La confirmation d'une obligation est donc l'acte par lequel on efface ou l'on couvre les vices existants, de manière à la rendre désormais inattaquable par voie de rescision ou de nullité.

2. A la différence des actes de reconnaissance, qui ne sont relatifs qu'aux moyens de prouver l'existence d'une obligation antérieure, les actes de confirmation se réfèrent à la valeur et à l'efficacité juridiques de l'engagement. Ce n'est pas qu'il ne puissent eux-mêmes être considérés comme moyens de preuve, comme constituant des actes de reconnaissance ; mais alors ils doivent, comme tels, pour être réguliers et valables, réunir toutes les conditions exigées par l'article 1337, indépendamment de celles que prescrit l'article 1338. Pour valoir à la fois comme récognitif et comme confirmatif, le même acte devra donc satisfaire, en même temps, aux dispositions particulières qui lui sont applicables en l'une et l'autre qualité. Il ne vaudra qu'à l'un ou à l'autre titre seulement, soit comme confirmation, soit comme reconnaissance, suivant qu'il réunira les

conditions voulues par l'article 1338, ou celles exigées par l'a ticle 1337.

Mais si l'acte de confirmation ne vaut lui-même, en mên temps, comme acte de reconnaissance, il est de toute nécessi que l'obligation à laquelle il s'applique soit établie par d'a tres moyens de preuve.

Les actes récognitifs et confirmatifs ont du reste cette pui sance commune; ils sont également interruptifs de la pre cription.

Par elle-même, la confirmation ne contient qu'une renoı ciation au droit de se prévaloir des vices dont l'obligatio était entachée, et qui la soumettaient à une action en nullit ou en rescision. Elle ne renferme aucune espèce de novation mais elle peut venir accessoirement à une novation propr ment dite.

3. La confirmation dont s'occupe l'article 1338 suppose qu celui qui confirme a été personnellemeut partie dans l'obliga tion, ou y a été représenté par ses auteurs. Il ne faut donc pa la confondre avec la ratification des engagements contracté au nom d'un tiers, sans pouvoir ni mandat régulier. Il est vra que notre article parle d'acte de confirmation ou ratification et que ce dernier mot s'applique spécialement à l'approbatior qu'un tiers donne aux engagements pris, en son nom, par un autre qui n'avait ni mandat ni pouvoir. Mais on ne doit pas y attacher ici cette signification rigoureuse. Cette expression est, en effet, considérée, dans notre article, comme synonyme de celle de confirmation. Cette interprétation résulte de son texte même, puisqu'il applique la confirmation ou ratification à une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision. Or, on ne peut dire qu'on a une action en nullité ou en rescision contre d'autres obligations que celles où l'on a été personnellement partie, ou représenté par ses auteurs. Alors, au contraire, qu'il s'agit d'engagements contractés par un tiers, sans pouvoir ni mandat, celui au nom

duel ils ont été pris n'a qu'à les repousser comme *res inter a s acta,* sans qu'il ait à exercer, pour en être délié, aucune action en nullité ou en rescision proprement dite.

L'article 1338 est donc inapplicable aux ratifications qui peuvent être données à ces engagements. Elles sont réglées exclusivement par les dispositions de l'article 1998 (1), d'après lequel le mandant n'est tenu de ce qui a pu être fait au delà du mandat, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement. Cette espèce d'approbation ou de confirmation, qui est la ratification proprement dite, n'a, sous ce rapport, rien de commun avec la confirmation dont nous nous occupons ici. Alors que celle-ci est soumise à certaines conditions de forme, celle-là n'est assujettie à aucune espèce de formalités. Soit qu'elle résulte d'actes, d'écrits quelconques ou de faits, il suffit qu'il en résulte clairement et nécessairement la preuve que le tiers au nom duquel l'engagement a été pris sans mandat et sans pouvoir, a eu l'intention de se l'approprier et de l'accepter, comme s'il l'avait consenti et souscrit lui-même.

Cette confirmation, expresse ou tacite, couvre toutes les irrégularités résultant du défaut ou de l'excès de mandat et de pouvoir. Tant qu'elle n'est pas rescindée ou annulée pour un motif quelconque, elle tient lieu de pouvoir et de mandat, *ratihabitio mandato æquiparatur;* et celui qui l'a donnée ne peut plus attaquer l'acte, en prétendant qu'il a été fait par un tiers sans pouvoir ni qualité.

Mais si, indépendamment du vice résultant de l'excès ou du défaut de pouvoir, l'acte était infecté d'un autre vice, ce vice

(1) TOULLIER, t. 8, n° 491. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 451, n^te 3, 1re édit., et t. 4, p. 261, n^te 4, 4e édit. — DURANTON, t. 13, n° 265. — TROPLONG, *Mandat,* n° 608. — FAVARD, Rép., v^is *Acte récognit. et conf.*, sect. 2, n° 1, — Cass., 25 déc. 1815. SIREY, 16, 1, 243. — Bordeaux, 8 août 1870. SIREY, 71, 2, 10. — Cass., 1er juin 1880. SIREY, 80, 1, 405.— 11 novembre 1879. SIREY, 81, 1 165.— 13 juin 1883. SIREY, 84, 1, 184.

ne pourrait être réparé qu'au moyen d'une confirmation donn
dans les termes de l'article 1338 (1).

La confirmation de cet article et la ratification de l'arti
1998 ont, toutefois, ces deux points communs; c'est qu'ell
ont, l'une et l'autre, pour objet de conférer à l'acte une pl
grande force obligatoire, et qu'elles produisent également d
effets rétroactifs entre les parties, sans que, néanmoins,
aient lieu au préjudice des tiers, ainsi que nous l'expliquero
plus loin.

4. Ces premières explications données, voyons quelles ob
gations sont susceptibles de confirmation, soit qu'il s'agis
seulement de la confirmation de l'article 1338, ou, en outr
de la ratification de l'article 1998. Car les principes que no
allons développer sont communs à l'un et à l'autre cas; et
une obligation n'était pas en elle-même susceptible de confi
mation, elle ne pourrait être ratifiée ou le serait vainemen
Du moment, en effet, que l'on considère l'engagement en sc
le point de vue où l'on se trouve placé est le même, soit qu'
s'agisse d'une obligation où celui qui confirme a été partie pa
soi ou par ses auteurs, ou bien d'une obligation contractée e
son nom par un tiers sans pouvoir ni mandat. Seulement, dar
ce dernier cas, la ratification précède ou est censée précéder l
confirmation, puisque, avant de réparer les vices dont l'obl
gation est atteinte au fond et en elle-même, il faut commence
par se l'approprier. Mais on peut, sans aucun doute, ratifier e
confirmer par le même acte, et purger ainsi les vices de diffé
rente espèce qui affectent l'obligation.

Tel acte vaut comme ratification dans le sens de l'ar
ticle 1998, qui est insuffisant pour valoir comme confirmatio
dans le sens de l'article 1338. Après avoir ratifié l'acte où l'o
n'a pas été partie, on peut être encore dans le cas de le con
firmer à raison des vices dont il est atteint; et, si cette premièr

(1) Duranton, t. 13, n° 266.

rification a ses conditions propres, la confirmation, qui la st, a aussi les siennes. Alors revient la question de savoir s l'engagement qui a été ratifié est susceptible de confirma-tn. Car, de ce qu'on l'a accepté, de ce qu'on se l'est appro-ré, comme si on l'avait souscrit et consenti soi-même, il ne nsuit pas que ces vices intrinsèques soient réparés. On est lement entré dans un cas de confirmation proprement dite, l'acte en est lui-même susceptible.

5. Toute confirmation ou ratification présuppose l'existence in engagement, mais suppose, en même temps, qu'il n'a s une pleine force juridique contre celui envers lequel le étendu créancier veut en poursuivre l'exécution. Il faut donc, ant tout, qu'un engagement existe, auquel puisse s'appliquer, gulièrement, l'acte de confirmation ou de ratification. S'il en existe aucun, ou s'il est réputé inexistant, toute confirma-on est impossible, puisqu'elle manque d'assiette. On ne sau-ait, en effet, confirmer le néant. Telles sont les conventions ites sans intention de s'obliger, par forme de plaisanterie, *ocandi causâ*, ou avec un enfant, un fou, soit lorsqu'il n'y a as accord de volontés entre les parties, ou lorsque le prédécès e l'une d'elles, avant l'acceptation de l'autre, a prévenu et mpêché toute formation du contrat (1).

6. Mais il ne suffit pas qu'une obligation existe; il faut, en utre, qu'elle puisse obtenir, au moyen de la confirmation ou atification, toute la force d'une obligation civile, juridique-nent parfaite. Ainsi, on ne peut confirmer les simples obliga-ions naturelles, bien qu'elles puissent faire l'objet d'une novation, en devenant la cause d'une obligation civile (2). C'est surtout dans son application aux obligations de cette espèce que la maxime, *qui confirmat nihil dat*, offre un carac-tère plus sensible de vérité.

(1) Cass., 13 nov. 1849. SIREY, 49, 1, 753.
(2) Voy. art. 1271, nº 10.

Une confirmation pure et simple n'ajouterait donc rien l'obligation simplement naturelle, et ne la relèverait pas son inefficacité. Cette impuissance de l'acte confirmatif est vraie, que même l'exécution partielle d'une obligation nat relle ne la convertit pas en une obligation civile, et que cet exécution, bien qu'en général elle vaille confirmation, emp che, tout au plus, le débiteur de répéter, comme indû, qu'il a payé, sans autoriser le créancier à réclamer, par l voies de droit, le payement du surplus que son adversaire e toujours en droit de lui refuser (1).

Si l'obligation naturelle avait été, par l'effet d'une novatio régulière, convertie en une obligation civile, elle vaudra alors en cette dernière qualité. Mais son efficacité juridiqu résulterait de la novation seule, et non d'une prétendue confir mation. Si, indépendamment du caractère de l'obligatio naturelle qui lui a servi de principe, l'acte de novation éta lui-même entaché de quelque vice qui le soumît à une actio en nullité ou en rescision, il serait alors, comme tout autre susceptible de confirmation ou de ratification.

7. Les vices dont une obligation peut être entachée au fon se rapportent à quatre origines différentes. Il y a les vices d consentement, de capacité, d'objet et de cause. Nous allons les examiner successivement, et voir quels sont ceux qui ne peuvent être réparés par aucun acte de confirmation ou de ratification.

Nous posons, tout d'abord, cette règle générale; c'est que toutes obligations contre lesquelles la loi admet une action en nullité ou en rescision, peuvent être indistinctement confirmées, soit que le vice tienne au fond ou à la forme, soit que la nullité soit relative ou absolue, d'intérêt privé ou d'ordre et d'intérêt publics. Les explications dans lesquelles nous

(1) ZACHARIÆ, t. 2, p. 259 et 451, 1re édit., et t. 4, p. 9, et p. 262, 4e édit. — *Contrà,* TOULLIER, t. 6, n° 391. — MARCADÉ, art. 1338, n° 2.

vons entrer serviront de développement et de confirmation à cette règle, même sur les points où nous aurons à signaler certaines exceptions.

Les vices de consentement, tels que l'erreur, la violence, le dol; ceux de capacité, tels que le mariage, la minorité, l'interdiction, produisent une nullité relative, qui ne peut être opposée que par celui de la part duquel ces vices existent. Ils peuvent incontestablement être réparés au moyen d'un acte de confirmation.

8. Quant aux vices concernant l'objet qui fait la matière de l'obligation, comme ils se rattachent, quels qu'ils soient, à indisponibilité de la chose, aussi longtemps que cette indisponibilité dure, ils ne peuvent être régulièrement effacés.

Il en est de même des vices de cause qui entachent l'obligation, soit parce qu'elle est contraire aux bonnes mœurs, à ordre public ou aux prohibitions de la loi. Comme la nullité dont l'obligation est frappée se fonde sur des motifs d'intérêt général, tant que ces motifs subsistent, l'engagement ne peut être valablement confirmé par aucune des parties. Le même vice qui l'infecte se communiquerait, à l'instant même, à l'acte de confirmation (1).

Alors donc que le vice est perpétuel, la nullité résiste à toute confirmation, et les bonnes mœurs, l'ordre public, la loi, réclament incessamment contre tous actes par lesquels les parties prétendraient donner à leur engagement une validité que l'illégitimité de sa cause ne comporte pas.

Mais on comprend que nous n'entendons point parler ici des autres vices résultant seulement de la fausseté de la cause ou de son défaut. Rien ne s'oppose, en effet, dans ce cas, à ce que l'acte soit valablement confirmé ou ratifié. L'action en nullité à laquelle donnent lieu ces vices de cause peut être couverte,

(1) Toullier, t. 7, n° 561, et t. 8, n° 515. — Zachariæ, t. 2, p. 453, 1re édit., et t. 4, p. 263, 4e édit. — Duranton, t. 13, n° 271.

comme dans les cas ordinaires. La cause même de la conf mation ou de la ratification supplée la cause de l'acte auqu elles s'appliquent, et elles emportent ainsi renonciation à prévaloir des vices dont cet acte était entaché. Il en sera même en cas d'exécution volontaire avec connaissance, tou voie de répétition de l'indû se trouvant dès lors fermée (1 Aussi, n'y a-t-il que la cause illicite qui fasse obstacle aux act de confirmation expresse ou tacite.

9. Tel est l'engagement de payer des intérêts usuraires (2 Telle est la convention par laquelle le créancier serait aut risé à disposer du gage sans les formalités prescrites (2078 ou devrait devenir propriétaire de la chose donnée en anti chrèse, par le seul défaut de payement au terme conven (2088).

Si ce contrat exorbitant d'antichrèse avait été, en fraud de la loi, déguisé sous les apparences d'un contrat pigno ratif, les actes de confirmation intervenus sur ce contrat n'au raient pas plus d'efficacité. Le vice de la cause ne serait pa purgé. Les juges pourraient seulement s'autoriser de l'existence d'actes confirmatifs, pour reconnaître que le contrat argué de simulation et de fraude, constitue, au contraire, un acte sincère de vente, sous faculté de rachat, et avec relocation au profit du vendeur. Ce n'est donc pas qu'il y ait confirmation; car le vice qui entache l'acte a une cause perpétuelle qui s'y oppose; mais l'acte prétendu confirmatif peut être apprécié sous le rapport de la sincérité et de la bonne foi du contrat. Si, nonobstant tout acte de confirmation, il est prouvé que l'acte d'aliénation constitue un contrat pignoratif, réellement fait en fraude des prohibitions de la loi, il reste encore soumis à l'action en nullité, comme le serait la clause interdite par l'article 2088. La confirmation, loin de couvrir le vice, ne fait

(1) Toullier, t. 6, n° 180.

(2) Cass., 22 juin 1830. Sirey, 30, 1, 409. — 31 déc. 1833. Sirey, 34, 1, 104. — Limoges, 22 juillet 1873. Sirey, 73, 2, 180.

a si que le perpétuer, et le seul moyen d'assurer la transmis-
s n de la propriété dans les termes du contrat, c'est, non pas
d tenter une confirmation impossible, mais de refaire entiè-
r nent la convention.

Les actes de confirmation ou d'exécution volontaire qui en
nnent lieu peuvent eux-mêmes, suivant les circonstances,
loir alors comme emportant une véritable novation par
pport au contrat primitif. Car rien ne s'oppose à ce que le
biteur aliène, au profit de son créancier, par un acte régu-
r et valable, la chose qu'il lui a remise en nantissement.

N'est jamais non plus susceptible de confirmation, l'acte de
uage par lequel une personne aurait engagé à vie ses ser-
ces, contrairement aux prohibitions de l'article 1780. Mais
est inutile de citer de plus nombreux exemples sur un point
ussi incontestable, et qui se rattache d'ailleurs à la question
e savoir à quelle époque un acte peut être régulièrement con-
rmé, question que nous examinerons bientôt.

10. Les vices dont nous venons de parler sont intrinsèques, nhérents à l'obligation elle-même. Mais il en est d'autres qui ui sont extrinsèques. Ce sont ceux qui se réfèrent à l'acte lestiné à la constater, à en établir la preuve.

Il n'y a pas de doute que ces vices ne puissent eux-mêmes être couverts et purgés par un acte de confirmation. Si l'article 1338, en parlant seulement des actions en nullité ou en rescision, semble s'occuper exclusivement des vices intrinsèques de l'obligation, il doit cependant être entendu dans un sens plus large. Il suffit, en effet, de le rapprocher de l'article 1340 pour être convaincu qu'il s'applique également aux vices extrinsèques, inhérents à l'acte destiné à fournir la preuve de l'obligation, et que la confirmation emporte indistinctement renonciation à opposer, soit les vices de forme, soit tout autre exception. Si l'on donnait à ses dispositions l'interprétation étroite que nous repoussons, on ne comprendrait pas comment les actes de confirmation auraient plus de portée, à l'égard des

donations, pour lesquelles cependant le législateur s'est mo tré plus sévère, puisqu'elles ne peuvent être efficacement co firmées et ratifiées que par les héritiers ou ayants-cause donateur. Enfin, l'article 1325 ne fait qu'appliquer à un c spécial les dispositions générales de l'article 1338.

11. Mais il importe, avant tout, de distinguer la confirmatio qui s'applique aux vices de l'acte de celle qui se rapporte au vices de l'obligation. L'acte considéré comme moyen de preuv est, en effet, tout différent de l'engagement ; il peut être valid tandis, au contraire, que le contrat est sujet à rescision ou nullité ; être nul et irrégulier, tandis que l'engagement e régulier et valable. Confirmer l'acte quant à la forme, ce n'es donc pas confirmer l'obligation quant au fond ; mais alors qu l'on confirme expressément ou tacitement l'obligation, o renonce, par cela même, à faire valoir les vice de l'acte (1).

Cette distinction entre l'acte et l'obligation va nous servi encore à résoudre plusieurs questions délicates, relatives au point de savoir quand et comment les vices de l'acte sont sus ceptibles de confirmation et de ratification. Il est une vérit simple et générale qui les domine toutes ; c'est qu'on ne peu confirmer ou ratifier que ce qui a une existence réelle, quoi que le fait juridique auquel s'applique la confirmation manque à raison d'un vice quelconque, de toute la force nécessaire. I faut donc qu'un engagement existe au fond, pour qu'on puisse quant à la forme, faire un acte efficace de confirmation. Car, vainement on confirmerait l'acte, s'il n'existait aucun engagement qui pût acquérir, par ce moyen, la force dont il était auparavant destitué. La confirmation peut bien suppléer la force juridique, mais elle ne saurait suppléer l'existence même d'un engagement ; ou bien, si elle produisait cet effet, ce ne serait plus une confirmation proprement dite, mais une véritable création d'engagement jusque-là inexistant. Les condi-

(1) Toullier, t. 8, n° 492.

ons d'existence de ce dernier fait n'ont rien de commun avec s règles de la confirmation. Autre chose, en effet, contracter principe une obligation nouvelle, autre chose en confirmer ne préexistante.

Lorsqu'il s'agit de confirmer un acte, quant à sa forme, il ut donc que, nonobstant son invalidité et son irrégularité omme moyen de preuve, il existe, au fond, une obligation qui oit en elle-même susceptible de confirmation et de ratification. i, néanmoins, il est établi, quels que soient les vices dont acte est entaché, qu'il existe une obligation qui puisse être onfirmée, l'acte peut alors l'être valablement. Mais comme il st supposé irrégulier, et qu'à raison de son irrégularité il ne ait pas une foi complète, il y a nécessité d'établir la preuve de obligation à l'aide d'autres éléments. La confirmation conourra, dès lors, elle-même, comme en étant inséparable, à tablir l'existence de l'engagement au fond. Mais ce n'est pas à confirmer une obligation inexistante; c'est seulement conirmer une obligation dont il n'existait pas auparavant une preuve régulière et parfaite, ou plutôt confirmer simplement 'acte destiné à fournir la preuve de son existence.

12. Mais, pourvu qu'il existe en réalité une obligation, peu importe la nature du vice dont l'acte public ou privé est atteint. Soit que ce vice consiste dans l'omission de l'une des formalités prescrites à peine de nullité, ou même dans l'omission la plus grave de toutes, dans le défaut de signature de l'officier public ou des parties contractantes, l'acte peut toujours être confirmé.

Cependant, par suite d'une confusion qu'il importe de dissiper, on a souvent considéré comme n'existant point, et comme n'étant point, par suite, susceptibles de confirmation ni de ratification, certains engagements qui étaient relatés, soit dans des actes publics nuls pour omission de la signature du notaire, et d'ailleurs inefficaces comme actes sous signature privée à défaut de la signature de l'obligé, soit dans des actes

sous signature privée nuls pour inobservation des formalit prescrites, ou même pour défaut de signature des parti obligées ou de l'une d'elles. Ce système a été présenté p M. Merlin (1), adopté par la Cour de cassation (2), viveme critiqué par M. Toullier (3), et rétracté plus tard par M. Merl lui-même (4).

Ce n'est pas que nous adoptions les raisons sur lesquell ces auteurs se sont fondés pour admettre que, dans le cas qu nous supposons, l'obligation peut être efficacement confirmé Ils partent, en effet, de ce principe faux de tous points, que l'o peut valablement confirmer une obligation réellement inexi tante. Peut-être encore cette opinion n'est elle-même qu le résultat d'une confusion dans les termes. Veut-on dire qu les obligations dont la loi ne reconnaît point l'existence, défaut d'une preuve régulière, sont néanmoins susceptible de confirmation ? D'accord ; c'est précisément ce que nous vou lons établir ici. Mais prétend-on, au contraire, que l'on peu utilement et régulièrement confirmer des obligations qui, e réalité, n'existent point, soit parce qu'elles n'ont aucune exis tence aux yeux de la loi, soit parce qu'elles manquent de conditions essentielles à la forme même des conventions, telle que l'accord des parties et l'intention de s'obliger, alors, nou sommes obligé de repousser une opinion qui nous semble con traire aux principes de la confirmation (5).

Quelle que soit, en effet, l'irrégularité de l'acte public ou privé destiné à constater la convention, il ne s'ensuit pas toujours que l'obligation n'existe point réellement, et qu'elle doive être réputée inexistante. L'insuffisance de la preuve ne signifie

(1) Rép., v° *Ratification*, n° 9.

(2) 27 mars 1812. Sirey, 12, 1, 369.

(3) T. 6, n° 180, et t. 8, n° 518.

(4) Quest., v° *Ratification*, § 5, n° 3.

(5) Voy. *Conf.*, Locré, t. 12, p. 284, 523, 585. — Zachariæ, t. 2, p. 451, 1re édit., et t. 4, p. 262, nte 8, 4e édit. — Duranton, t. 13, n° 271.

s l'inexistence du contrat. Dans le cas même où l'acte n'est int signé des parties ou de l'une d'elles, ce défaut de signare, bien qu'il entraîne la nullité de l'acte comme élément de euve, n'a point cependant, indistinctement, pour conséence de faire réputer l'obligation inexistante. Loin de là, le peut, malgré l'insuffisance ou l'absence complète de la euve, avoir au fond une existence très réelle. Elle est inestante aux yeux de la loi, en ce sens seulement que son xistence n'est pas légalement justifiée.

Il faut donc toujours en revenir à cette règle essentielle : xiste-il, oui ou non, en réalité, un engagement, et cet engaement est-il en lui-même susceptible de confirmation? Dès rs, une distinction devient nécessaire, en fait, dans l'appréiation de l'acte. Le défaut de signature de l'officier public ou les parties contractantes, est-il simplement le résultat de la négligence, de l'ignorance ou de l'impuissance de ceux qui devaient le signer? Dans ce cas, malgré la nullité de l'acte, l'obligation qui y est relatée n'en existe pas moins, pourvu qu'elle réunisse, d'ailleurs, toutes les conditions intrinsèques essentielles à son existence. Il résultera seulement de l'irrégularité du titre qu'il ne formera pas une preuve légale et complète de l'obligation. Mais il ne s'ensuit pas que cette obligation, qui a une existence réelle, ne puisse être régulièrement confirmée et ratifiée (1), soit qu'il s'agisse, par exemple, d'une transaction par acte sous seing-privé (2), ou d'un acte d'échange par acte public, alors que les circonstances de la cause ne permettent pas de douter que la convention n'ait été arrêtée et consommée (3).

13. Mais, le plus souvent, le défaut de signature, soit de l'officier public, soit des parties contractantes, réagira sur l'existence même de l'engagement. Ainsi, lorsqu'une partie

(1) ZACHARIÆ, *ibid.*
(2) Cass., 19 déc. 1820. SIREY, 22, 1, 198.
(3) Pau, 17 déc. 1821. SIREY, 22, 2, 142.

refuse de signer l'acte qui doit établir la preuve de la conve tion qu'elle est sur le point de conclure, ce refus de signatu équivaut à un refus de consentement. Dès lors, il n'y a p convention, et aucune obligation n'existe qui soit susceptib de confirmation ou de ratification. La jurisprudence en off de très nombreux exemples, qui viennent eux-mêmes confi mer la distinction que nous proposons. Dans les divers espèces où les Cours ont refusé d'admettre comme efficaces valables les actes prétendus de confirmation, il n'y avait poi de convention définitivement arrêtée, conséquemment poi d'obligation existante. Les arrêts prennent soin de le cons tater; car cette constatation en fait est leur justification e droit. Ainsi, lorsqu'ils repoussent les actes de confirmation qui résultent au surplus, le plus souvent, d'une exécutio volontaire, soit qu'il s'agisse d'actes publics ou privés, aux quels il manque la signature du notaire, soit de quelques-une ou de l'une seulement des parties, ils énoncent que, jusqu'à l perfection de l'acte, les contractants ont pu changer d volonté (1); que l'acte, se trouvant aux termes d'un simple projet, n'était pas obligatoire (2); que son imperfection le range dans les termes d'un simple projet, qui n'a rien de définitif à l'égard de chacune des parties (3); qu'on ne produit qu'un acte informe, duquel il ne résulte aucune obligation; que, sous prétexte de confirmation, on créerait un titre exécutoire (4); qu'il n'y avait plus de vente, et qu'un nouvel accord était nécessaire (5); que l'acte ne présente qu'un projet de partage resté imparfait et sans force...; qu'on ne ratifie pas un partage qui n'existe pas (6); que l'acte est relaté dans une minute informe; qu'il n'a jamais revêtu le caractère d'acte

(1) Bourges, 27 avril 1823. Sirey, 24, 2, 34.
(2) Toulouse, 18 janv. 1828. Sirey. 29, 2, 133.
(3) Grenoble, 15 nov. 1834. Sirey, 35, 2, 188.
(4) Bourges, 24 fév. 1832. Sirey, 32, 2, 539.
(5) Cass., 26 juillet 1832. Sirey, 32, 1, 492.
(6) Cass., 6 juillet 1836. Sirey, 36, 1, 876.

s s signature privée, et que, par suite, il n'a pu produire l effets attachés à ce titre (1).

L'imperfection et l'irrégularité de l'acte fournissent ainsi l premiers indices de l'inexistence de la convention. Mais l parties ont toujours le droit de prouver que, quelque soit l tat informe de leur titre, il existait bien réellement une con-ation qui pouvait être et a été confirmée. Alors se présente e question préalable de preuve ; car, avant de parler de nfirmation, il faut commencer par prouver l'engagement quel on prétend l'appliquer. Or, cette preuve ne pouvant sulter du titre que nous supposons irrégulier et informe, on it la puiser dans des éléments étrangers et extérieurs à cet te. Autrement, on se trouverait enfermé dans une sorte de rcle vicieux, puisqu'on ferait valoir l'acte prétendu de con-mation, au moyen de l'obligation soi-disant préexistante, en ême temps qu'on ferait valoir cette obligation par la confir-ation ou l'exécution volontaire, sans autrement prouver une indépendamment et séparément de l'autre.

14. Quant aux moyens de preuve admissibles pour établir existence de l'obligation que la confirmation présuppose, ce ont ceux qui, abstraction faite de l'acte réputé sans force pro-ante, seraient admissibles d'après les principes ordinaires du roit. Il faudra donc, suivant la nature et l'importance de l'en-agement allégué et prétendu confirmé, soit une preuve écrite, oit un commencement de preuve par écrit, si la preuve par émoins ou par présomptions est interdite. Mais les actes de onfirmation et d'exécution volontaire pourront eux-mêmes ournir d'utiles éléments, et servir à prouver tout à la fois et 'obligation et sa confirmation.

Que si la partie qui prétend que l'obligation a été confirmée outenait qu'un nouvel accord est intervenu pour suppléer la convention, qui est restée à l'état de simple projet n'ayant

(1) Douai, 7 janv. 1836. SIREY, 37, 2, 137.

rien de définitif ni d'obligatoire, telle du moins qu'elle appar dans l'acte informe qui est représenté ; dans ce cas, cette part ne serait également autorisée à prouver l'existence de ce nouv accord, que conformément aux règles générales du droit. Bie qu'elle allègue des faits de confirmation ou d'exécution volo taire, si la convention qu'elle offre de prouver n'est pas susce tible d'être prouvée par témoins, elle devra produire un preuve écrite ou un commencement de preuve par écri Autrement, sous prétexte de confirmation, elle arriverait éluder les dispositions prohibitives de la preuve testimo niale (1).

15. Voyons maintenant à quelle époque une obligatio peut être utilement confirmée ou ratifiée.

En règle générale et absolue, les actes de confirmation et d ratification ne peuvent efficacement intervenir, que lorsque la partie de qui ils émanent peut régulièrement et valablemen contracter l'obligation à laquelle ils s'appliquent, sous les diver rapports du consentement, de la capacité, de l'objet et de la cause. On conçoit, dès lors, que le temps de la confirmation varie, suivant la nature des vices dont l'obligation se trouve entachée.

16. Lorsqu'il n'existe que des vices de forme, c'est-à-dire des vices qui entachent l'acte considéré comme moyen de prouver l'engagement, la confirmation peut avoir lieu immédiatement ; car les vices dont il s'agit, ne se rapportant qu'à la preuve, peuvent être incessamment purgés et couverts.

Quant aux vices de consentement, ils rendent inefficace toute confirmation qui interviendrait avant que leur cause eût cessé. Une obligation viciée d'erreur, de dol, de violence, ne peut donc être régulièrement confirmée que du jour où le dol et l'erreur ont été découverts, ou du jour où la violence a cessé (1115). Si elle était donnée plus tôt, elle serait entachée

(1) Cass., 26 juill. 1832. Sirey, 32, 1, 492.

s même vices que l'obligation, et ne ferait que les perpéer, sans modifier en rien le point de départ de la prescripon décennale de l'action en rescision ou en nullité à laquelle t soumise l'obligation.

S'il s'agit d'un vice de capacité, l'obligation ne pourra être onfirmée par les femmes mariées qu'après la dissolution du ariage; par les interdits, qu'après la mainlevée de l'interdicon; par les mineurs, qu'après leur majorité (1311); par les ersonnes soumises à un conseil judiciaire, qu'après la levée e la défense qui leur avait été faite de procéder sans conseil; ar les personnes en état de démence de fait, sans interdicion, soit qu'elles aient été placées ou non dans des établissenents d'aliénés, que du jour seulement où elles ont pleinement ecouvré leur raison.

Cependant, s'il s'agissait de simples actes d'administration le la nature de ceux qui rentrent dans les pouvoirs des mineurs émancipés et des femmes séparées de biens, ils pourraient, quoique faits avant l'émancipation ou la séparation de biens, être valablement confirmés après, sans attendre la majorité ou la dissolution du mariage. Comme ils peuvent valablement contracter de semblables obligations, le mineur et la femme peuvent les confirmer.

17. Ici se présentent plusieurs questions. Si le mineur a contracté seul, comme le tuteur est chargé de l'administration de ses biens, et que c'est lui qui, en sa qualité, contracte personnellement pour le mineur, il peut seul valablement confirmer et ratifier l'engagement, lequel vaut dès lors comme si, dès le principe, il avait été pris par le tuteur (1). Mais le tuteur n'a ce droit que tant que dure la tutelle.

Si cet engagement exige pour sa validité l'accomplissement de certaines formalités spéciales, il suffira que le tuteur les fasse accomplir ultérieurement, pour que la convention se

(1) *Contrà*, DURANTON, t. 2, nº 518.

trouve régulièrement confirmée. Il est ainsi suppléé à l'inc pacité du mineur et à l'inobservation des formes prescrites.

Quant aux actes faits par les mineurs émancipés et les pe sonnes soumises à un conseil judiciaire, en dehors de leu capacité personnelle, sans l'assistance de leur curateur o conseil, ils ne peuvent les confirmer, leur incapacité duran que sous cette assistance et moyennant l'accomplissement suivant les cas, des formalités exigées. Vainement même leu curateur ou conseil prétendrait-il les confirmer et ratifier seul en leur donnant ensuite son approbation; cette confirmation soit qu'elle soit expresse ou tacite, est inefficace, si le mineu émancipé ou le prodigue n'y a personnellement concouru. Te est, en effet, le caractère de l'incapacité de ces derniers, qu'il contractent par eux-mêmes en leur nom, et qu'ils sont simplement assistés, à la différence des mineurs en tutelle, de leur curateur ou conseil. Ils doivent donc intervenir en personne dans les actes qui les intéressent, sans qu'ils puissent être plus tard dépouillés du droit d'agir en rescision ou en nullité par le fait de tiers, qui, en dehors de leur mission de simple assistance, n'ont ni qualité ni pouvoir pour les obliger.

Si les curateur ou conseil avaient agi seuls, comme ils n'en avaient pas le droit, le mineur émancipé et le prodigue pourraient sans doute confirmer et ratifier, mais seulement, tant que dure leur incapacité, sous l'assistance de leur curateur ou conseil. Car ils ne peuvent, par leur propre fait, s'ils n'y sont régulièrement habilités, renoncer à l'action en nullité ou en rescision qui leur appartient.

18. Nous devons appliquer des principes analogues aux actes faits par les maris ou leurs femmes.

Ainsi, le défaut d'autorisation maritale et la nullité qui en résulte sont-ils réparés par la confirmation ou ratification donnée ultérieurement par le mari, alors même qu'elle aurait eu lieu sans le concours de sa femme? La même controverse qui existait sur cette question, sous notre ancien droit, existe

ıcore aujourd'hui sous le Code civil. Les uns (1) pen-
ient que cette confirmation couvrait, à l'égard de toute
ersonne, la nullité. Pothier (2), après avoir énoncé que, en
rincipe, la confirmation donnée par le mari, après l'acte, ne
evrait point couvrir la nullité résultant du défaut d'autorisa-
on, parce que l'obligation de la femme est absolument nulle,
: que le néant n'est pas susceptible de confirmation, admet,
éanmoins, que la femme, ni ses héritiers, ne peuvent plus
ttaquer l'acte depuis que le mari l'a confirmé, et que si cette
onfirmation ne produit pas d'effets rétroactifs, *ex tunc*, elle
aut du moins du jour où elle a été donnée, *ex nunc*. Pothier
onde la validité de cette autorisation maritale sur ce que les
arties étant censées persévérer dans leur volonté, tant qu'il
'apparaît pas d'une intention contraire, l'approbation du mari
e fait que donner plus de force et d'efficacité à leur consen-
ement. Aussi, ajoute-t-il « que si, avant l'autorisation, l'une
u l'autre partie était morte ou avait perdu l'usage de la rai-
on, ou avait déclaré un changement de volonté, l'autorisation
ui serait depuis interposée par le mari ne pourrait plus réta-
lir l'acte, et que l'acte, rétabli par l'autorisation survenue
lepuis, ne peut produire d'hypothèque que du jour de l'auto-
isation, n'étant valable que de ce jour ». Nous nous bornons
ı remarquer, sur cette opinion de Pothier, que les obligations
contractées par les femmes, sans autorisation, ne sont point,
sous le Code civil, frappées, comme autrefois, d'une nullité
absolue, mais seulement d'une nullité relative.

Cependant, d'autres auteurs pensaient que la ratification postérieure du mari ne couvrait point la nullité de l'acte et ne le rendait point valable (3). Nous trouvons, dans les annota-

(1) CHARONDAS, *Coutume de Paris*, art. 233. — LEBRUN, *Traité de la Communauté*, sec. 5, n°s 7 et suiv. — LEPRÊTRE, *Cent*. 2, ch. 16 et 20.

(2) *De la puissance maritale*, n° 74.

(3) ROUSSEAUD DE LACOMBE, v° *Autorisation*, sect. 2, n° 2. — LAPEYRÈRE, *Lettre* D, n° 100, et *Lettre* A, n° 87.

tions de Lapeyrère, des observations parfaitement juste[illegible] cet égard. Elles nous semblent non moins fondées sous [illegible] Code civil que sous notre ancien droit. « Pour la décision, [illegible] il, il faut remarquer la distinction qui se fait par tous les d[illegible]teurs, ou la coutume désire tel consentement (celui du ma[illegible] comme autorité, ou comme solennité, ou bien comme sim[illegible] consentement. Si, comme autorité, ils disent que l'acte qui [illegible] fait sans icelle est nul, parce que la personne qui le fait [illegible] pas d'habilité pour cela. Si, comme solennité, l'acte ne va[illegible] pas non plus, parce que ce qui est essentiel à l'acte [illegible] défaut. Que si, comme simple consentement, l'acte se re[illegible] parfait en quelque temps que la personne consente, par[illegible] que c'est son intérêt : il est donc nécessaire, dans les de[illegible] premiers cas, que l'autorisation se fasse *in rem præsentem* [illegible] *in ipso actu,* autrement ce n'est pas satisfaire au désir de [illegible] coutume... »

« Paul de Castre, ajoute-t-il, fait une distinction décisive d[illegible] notre question. Ou bien, dit-il, la coutume désire le consente[illegible]ment du mari, afin qu'il ne reçoive aucun préjudice du co[illegible]trat que la femme pourrait faire; ou elle le désire, afin que l[illegible] femme même n'abuse pas de son bien, et ne reçoive aucu[illegible] dommage de tel contrat. Au premier cas, il décide que le ma[illegible] peut, en tout temps, *consentire vel ante actum, vel in ipso actu* *vel post actum;* mais, au second cas, il faut que le consente[illegible]ment donne la vigueur et la force à l'acte, qui, autrement n'en peut avoir. Les termes de la coutume montrent asse[illegible] que c'est pour l'avantage de la femme, aussi bien que pou[illegible] celui du mari, qu'elle a désiré tel consentement, puisqu'ell[illegible] dit que, tant au respect de la femme que du mari, le contra[illegible] sera nul, pour ôter toute ambiguité; car, autrement, on eû[illegible] pu demeurer dans le doute, si tel consentement regarda[illegible] l'intérêt de la femme ou celui du mari... »

Enfin, notre auteur conclut : « Si la coutume avait résolu la nullité en faveur du mari, l'intérêt du mari cessant, la nullité cesserait; mais, étant ici introduite en faveur de la femme,

ıelle demande le rétractement de l'acte qu'elle a fait par ilité, la nullité ne cesse pas. »

ous avons donné quelques développements à cette citation, ce que la question y est parfaitement posée, et les raisons décider très ingénieusement déduites.

ous le Code civil, même dissentiment entre les auteurs es arrêts. Les uns repoussent (1), tandis que les autres nettent (2) l'autorisation ou la confirmation donnée plus l par le mari seul, comme suffisante pour couvrir d'une nière absolue, à l'égard de toute personne, la nullité résult du défaut d'autorisation maritale. Quant à nous, nous yons que cette confirmation est inefficace à l'égard de la ıme ; et voici sur quelles raisons nous fondons notre opin.

)ans le projet du Code civil, l'article 217 contenait un ond paragraphe, ainsi conçu : « Le consentement du mari, ique postérieur à l'acte, suffit pour le valider. » Cet article int été renvoyé à la section de législation, il arriva que, s de sa rédaction définitive, ce paragraphe fut entièrement primé, sans que les travaux préparatoires du Code fassent ınaître les motifs de cette suppression (3). Chaque opinion, lors, s'en empare pour expliquer, à son point de vue, ces ıngements de rédaction. Ainsi, celle que nous combattons n autorise elle-même, et les auteurs qui la soutiennent pré-

1) MERLIN, Rép., v° *Autorisation maritale*, sect. 6, § 3, n° 2. — RANTON, t. 2, n° 518. — TOULLIER, t. 2, n° 648. — BENOÎT, *Dot*, , n° 224. — Rouen, 18 nov. 1825. SIREY, 26, 2, 271. — Cass., fév. 1828. SIREY, 28, 1, 356. — Grenoble, 26 juill. 1828. SIREY, 29, 28. — Cass., 26 juin 1839. SIREY, 39, 1, 878. — Paris, 23 fév. 19. SIREY, 49, 2, 145. — Paris, 12 mai 1859. SIREY, 59, 2, 561. — uai, 10 déc. 1872. SIREY, 73, 2, 139.

2) ZACHARIÆ, t. 3, p. 344, 1re édit., et t. 5, p. 165, nte 118, édit. — DELVINCOURT, t. 1, p. 159. — PROUDHON, t. 1, p. 269. — ZEILLE, *Mariage*, t. 2, nos 379 et suiv. — Colmar, 28 nov. 1816. EY, 17, 2, 145.

3) Voy. LOCRÉ, t. 4, p. 394, 397 et 431.

tendent que la suppression du paragraphe proposé a eu
parce qu'il était inutile, en présence des principes génér
qui régissent la matière des confirmations. Il nous semble
contraire, que cette suppression, opérée lors de la rédac
définitive, indique, de la part du législateur, l'intention de
point consacrer la disposition particulière qui, dans le p
cipe, avait été arrêtée. Elle avait, néanmoins, son importan
en présence de la controverse qui existait dans la jurisp
dence et parmi les auteurs. Car nous verrons bientôt que
principes généraux, en matière de confirmation, sont loin
résoudre la difficulté dans le sens où le paragraphe suppri
le décidait formellement.

On argumente encore de l'ordre dans lequel l'article 2
exige, soit le concours du mari dans l'acte, ou son consen
ment par écrit; et l'on dit que le législateur, en rejetant t
à fait à la fin ces mots, son consentement par écrit, n'ex
point que ce consentement soit donné au moment même
l'acte, que, conséquemment, un consentement postérieur
suffisant pour couvrir la nullité résultant du défaut d'auto
sation maritale. A l'appui de cette interprétation, on invoq
encore un changement de rédaction qu'à subi l'article 217.
était primitivement terminé par ces mots : sans le consen
ment par écrit, ou le concours du mari dans l'acte. Ces de
nières expressions sont aujourd'hui simplement intervertie
Mais cette interversion peut-elle fonder l'interprétation q
l'on donne à cet article? Elle ne nous semble pas avoir u
portée aussi considérable.

La rédaction primitive était, en effet, amphibologique; il
résultait en apparence que le consentement par écrit du mar
aussi bien que son concours, devait être établi dans l'acte a
sujet duquel il était accordé; de telle sorte que l'article 21
semblait exclure comme irrégulier tout consentement, mêm
par écrit, qui aurait été donné antérieurement à l'acte o
séparément. A coup sûr, une semblable interprétation eût é
complètement erronée. Or, sa rédaction actuelle n'a eu d'autr

...t que de montrer clairement et sans équivoque, que le ...sentement écrit du mari pouvait être accordé et établi en ...ors de l'acte, et sans qu'il y concourût personnellement. ...s de ce que le mari peut donner son consentement, par ... séparé, soit avant, soit au moment même où la femme ...tracte, il ne s'ensuit point qu'il puisse également donner, ...ès coup, sans qu'elle y concoure, une autorisation régu...e. L'article 217 et les circonstances de sa rédaction défini... ne peuvent donc résoudre la question.

...st-elle du moins résolue, et en quel sens, par les principes ...éraux relatifs à la confirmation expresse ou tacite? En tant ...'elle emporte renonciation aux moyens et exceptions que ...n pouvait opposer contre un acte, la confirmation n'oblige ...e celui de qui elle émane, dans la mesure de son intérêt et ... ses droits personnels. Il s'agit donc de savoir, pour la déci...n de notre question, si l'autorisation maritale a été exigée, ...eine de nullité de l'engagement de la femme, en considé...tion de l'intérêt exclusif du mari ou de la femme, ou, en ...ême temps, de l'un et de l'autre. S'il est vrai que la nullité ... l'acte ne soit fondée que sur l'intérêt personnel et privé du ...ari, sur le seul défaut de son consentement, il n'y a pas de ...ute que le mari ne puisse couvrir cette nullité par son appro...ation et sa confirmation expresse ou tacite, à quelque épo...e qu'il donne son consentement, pourvu que ce soit pen...nt la durée du mariage.

Mais c'est précisément ce principe que nous contestons. Il ...a une grande divergence d'opinions entre les auteurs sur le ...int de savoir sur quelles considérations est fondée la néces...té de l'autorisation maritale. Est-elle exigée dans l'intérêt ...ul du mari, dans l'intérêt commun des époux, dans l'intérêt ...rticulier de la femme? N'envisager que l'un de ces intérêts, ... serait n'apprécier la question que d'une manière très incom...ète. L'incapacité de la femme mariée est, sans aucun doute, ... conséquence immédiate et nécessaire du fait même du ...ariage et de la puissance maritale. Mais cette puissance

n'attribue pas seulement au mari des droits à la déférence, à la soumission de sa femme; elle lui impose, en outre, c devoirs de protection et de surveillance envers cette derniè et envers la société conjugale elle-même. L'autorisation ma tale est donc exigée pour garantir, soit les intérêts personn du mari, soit les intérêts particuliers de la femme, soit l intérêts communs qui naissent de leur union. L'incapaci personnelle de la femme tient ainsi autant à la conditi subordonnée qui lui est faite dans le mariage, qu'aux devoi d'assistance et de protection dont le mari n'est tenu enve elle que parce que, à raison de sa faiblesse personnelle, el est censée hors d'état de défendre convenablement, soit s intérêts individuels, soit ceux de l'union conjugale. Aussi, es elle rangée personnellement au nombre des incapables, et nullité, fondée sur le défaut d'autorisation, peut-elle êt opposée par la femme, par le mari, ou par leurs héritie (225).

Ici viennent les judicieuses annotations de Lapeyrère. (n'est pas que l'autorisation du mari soit exigée comme solei nité de l'acte; elle l'est seulement, soit comme autorité pou habiliter la femme, soit comme simple consentement pou donner à l'acte la force et la vigueur qu'autrement il n'aura pas. Mais comme elle est requise dans l'intérêt de la femm aussi bien que dans celui du mari, ce dernier peut sans dout valablement confirmer seul l'acte consenti par sa femme, e ce qui le concerne; mais il ne peut, par cette confirmatio ultérieure, la priver du bénéfice de l'action en nullité ouvert en sa faveur. Il y a pour elle un droit acquis, dont elle ne peu être dépouillée sans sa participation et malgré elle. Comme l nullité de son engagement est fondée sur son incapacité, e que son incapacité même se rattache à des considération relatives à ses intérêts particuliers, la confirmation ultérieur donnée par son mari seul, sans son concours, ne peut lui êtr opposée comme emportant, de sa part, renonciation au moyens et exceptions que, de son chef, elle pouvait invoquer

nsi se concilient les droits et les intérêts individuels de l'un de l'autre; en confirmant l'engagement pris par sa femme, ns autorisation, le mari renonce à toute action en nullité, en qui le concerne personnellement; mais, quant à la femme, n'en résulte pour elle, puisqu'elle n'y a point concouru, ıcune forclusion, ni renonciation.

De là plusieurs conséquences : Si l'acte que la femme a ccompli sans autorisation est un de ceux que le mari peut con- ommer seul, tel que l'aliénation des choses dépendantes de la ommunauté, le louage de ses biens propres ou dotaux, dans e cas, il peut seul, et sans le concours de sa femme, vala- lement le confirmer ou ratifier. Il ne fait alors que s'appro- rier, comme s'il l'avait consenti lui-même, l'acte émané de a femme; et cette dernière n'a aucune action en nullité à xercer.

D'autre part, la femme ne peut donner une confirmation alable, sans l'autorisation ou l'assistance de son mari, qu'après a dissolution du mariage, à moins qu'il ne s'agisse d'un acte u'une femme séparée peut consentir seule, auquel cas elle eut donner une confirmation valable, après sa séparation de iens, puisqu'alors elle est capable de contracter ce même ngagement qu'elle ratifie.

Il en est de même des actes que le mari aurait accomplis seul, alors que le concours de sa femme était nécessaire.

Les actes de confirmation émanés de la femme ne sont oppo- sables au mari, lorsqu'il a un intérêt personnel à la nullité de l'engagement, que lorsqu'ils ont eu lieu de son consente- ment et sous son autorisation. Ainsi, on ne peut se prévaloir contre le mari, ses héritiers et ayants-cause, de la confirmation donnée par la femme après la dissolution du mariage, ou durant le mariage, sous la seule autorisation de justice. Une semblable confirmation n'emporte renonciation que de la part de la femme, sans qu'elle enlève au mari le droit de poursui- vre, suivant son droit et ses intérêts, l'action en nullité qui lui appartient de son chef.

Quelle que soit, du reste, l'opinion à laquelle on s'arrête sur notre question, il n'est pas douteux que le mari ne puisse d'aucune façon valablement confirmer, après la dissolution du mariage, les actes passés par sa femme sans son autorisation. Ses héritiers et ayants-cause ne le peuvent non plus qu'en ce qui concerne leurs droits et intérêts particuliers. La puissance maritale, de laquelle seule pourrait découler ce pouvoir que nous lui contestons, même durant le mariage, cesse, en effet aussitôt que l'union conjugale est dissoute.

Et même durant le mariage, si la femme, régulièrement autorisée de justice, avait introduit une action en nullité, le mari prétendrait vainement confirmer seul et sans son concours l'acte attaqué. L'introduction de l'action constitue, au profit de la femme, un droit acquis à la nullité de son engagement (1).

19. Si, pour les vices de consentement et de capacité, il doit nécessairement arriver une époque où ils peuvent être régulièrement réparés, il n'en est pas indistinctement ainsi lorsqu'il s'agit de vices d'objet ou de cause. Souvent, en effet, ces vices produisent une nullité perpétuelle qui ne peut jamais être couverte, et que la volonté seule des contractants ne peut effacer à aucune époque. Mais il arrive souvent aussi que le vice de l'objet ou de la cause n'est que temporaire, alors même que la nullité qui en résulte est d'ordre ou d'intérêt public. La cause qui produisait le vice venant à cesser, l'engagement peut dès lors être valablement confirmé et ratifié.

Nous ne saurions énumérer ici les diverses espèces d'obligations qui peuvent être entachées d'un vice perpétuel d'objet ou de cause. Qu'il nous suffise de rappeler ce principe général et absolu, que le vice de l'objet ou de la cause est perpétuel et produit une nullité indélébile, toutes les fois que la cause sur laquelle il est fondé ayant une durée indéfinie, l'indisponibilité de la chose, les bonnes mœurs, les prohibitions de la loi,

(1) ZACHARIÆ, t. 3, p. 345, 1re édit., et t. 5, p. 167, 4e édit.

rdre public ou l'intérêt général réclament incessamment, résistent à tout acte de confirmation ou de ratification.

Le vice est, au contraire, seulement temporaire et d'une rée limitée, lorsque la cause qui le produit doit cesser à e certaine époque. L'engagement devient dès lors, puisque n ne s'y oppose, susceptible de confirmation.

20. Nous nous bornerons à citer ici quelques exemples engagements de cette dernière espèce, en commençant par ux qui sont entachés d'un vice d'objet.

La loi prohibe et annule tous traités faits sur succession ture. Cependant, comme le vice du contrat n'est que temraire, et qu'il cesse à l'ouverture de la succession, on peut, partir de ce moment-là, valablement confirmer l'engageent. L'indisponibilité de la chose ayant cessé, le vice du ntrat peut être purgé et couvert (1). Que si l'on prétend ttacher, sous certains rapports, à des considérations de orale et de décence publiques la nullité des traités faits sur ccession future, ces considérations cessant elles-mêmes rès l'ouverture de la succession, le vice de l'acte devient sceptible de réparation.

Aussi, ne saurions-nous admettre la doctrine que la Cour e Paris (2) a consacrée dans l'espèce suivante : un fils, dans la révision de la mort de son père, traite avec sa belle-mère et s propres enfants de ses droits successifs éventuels. Les ctes constatant cette convention sont dressés et signés à avance; la date seule est laissée en blanc, et, ainsi qu'il vait été convenu, les parties la remplissent immédiatement près le décès du père. Tout en prononçant la révocation de cette onvention comme faite en fraude des droits des créanciers u fils, la Cour en déclare, en outre, la nullité comme constiuant le pacte prohibé sur succession future. C'est en ce point

(1) Toullier, t. 8, n° 516. — Zachariæ, t. 2, p. 455, 1re édit., et . 4, p. 265, 4e édit.
(2) Sirey, 63, 2, 56.

que nous ne pouvons approuver la décision rendue. En effe dans l'intention même des contractants, la convention n'ava son caractère définitif et obligatoire qu'au moyen de la da qui devait être apposée à l'acte seulement après le décès. O en subordonnant ainsi son efficacité à un complément qui r devait intervenir qu'après l'ouverture de la succession, bie loin d'éluder les prohibitions de la loi, ils se conformaient ses dispositions, et l'inscription de la date ne faisait que con pléter un accord jusque-là demeuré forcément à l'état de sin ple projet. Dans tous les cas, et en supposant que dès le prir cipe le pacte fût définitivement arrêté, et que sous ce rappoı l'inscription de la date n'eût rien à y ajouter, au moins fallait- reconnaître qu'elle contenait l'expression d'une volonté per sistante, et emportait dès lors ratification de la part de la parti du fait ou du consentement de laquelle elle avait eu lieu.

Il en est de même des actes contenant aliénation des bien dotaux. Comme leur inaliénabilité cesse après la dissolutioı du mariage, la femme ou ses héritiers peuvent alors valable ment les confirmer et ratifier. Mais tout acte de confirmatioı qui aurait lieu plus tôt, même après la séparation de biens serait sans efficacité, comme emportant renonciation à l'ina liénabilité de la dot (1).

21. Les vices de cause nous offrent eux-mêmes des exemple analogues. Ainsi, les articles 1396 et 1397 prononcent la nul lité des contre-lettres par lesquelles les époux modifient leur conventions matrimoniales, sans observer les formalités pres crites. Cette nullité, fondée sur des considérations d'intérê public, ne peut sans doute, tant que dure le mariage, êtr couverte par aucun acte de confirmation de la part des épou ou de tous autres; mais après sa dissolution, la contre-lettr peut être régulièrement confirmée (2).

(1) Troplong, *Contrat de mariage*, nos 3563 et suiv.

(2) Merlin, Rép., vis *Convention matrim.*, § 2. — Zachariæ, t. 2, p. 454, 1re édit., et t. 4, p. 265, 4e édit. — Metz, 26 nov. 1823. Sirey, 26, 2, 27.

22. L'article 1398 veut que le mineur habile à contracter mariage soit assisté, dans le contrat, des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. A défaut de cette assistance, le contrat de mariage est nul relativement au mineur, qui peut seul se prévaloir de la nullité (1). Mais comme des considérations d'intérêt public ont déterminé le législateur à exiger que le contrat de mariage ait un caractère d'irrévocabilité et d'immutabilité qui garantisse à la fois les droits des époux entre eux et ceux des tiers à leur égard, la nullité ne peut être efficacement couverte qu'après la dissolution du mariage, sans qu'on puisse opposer aucun acte de confirmation expresse ou tacite, qui serait intervenu pendant sa durée. Autrement, si, durant le mariage, les époux pouvaient valablement le confirmer, il dépendrait d'eux de lui enlever son caractère essentiel d'irrévocabilité et d'immutabilité; en un mot, d'avoir ou de n'avoir pas de contrat de mariage.

Un autre argument, en faveur de notre opinion, se tire du point de départ de la prescription décennale à laquelle est soumise l'action en nullité de ce contrat. Comme elle ne court pas entre époux (2253), elle ne commence à courir que du jour de la dissolution du mariage et non de la majorité (2). Or, il y a un rapport intime entre l'époque où la prescription commence à courir, et celle où la nullité peut être couverte au moyen d'actes de confirmation. En effet, la prescription est fondée sur la présomption que le silence des parties vaut confirmation et ratification tacite. En ne faisant courir la prescription qu'à partir de la dissolution du mariage, la loi suppose donc qu'il n'a pu auparavant intervenir entre les époux aucun acte qui puisse couvrir la nullité de leur contrat de mariage (3).

(1) Zachariæ, t. 3, p. 395, 1re édit., et t. 5, p. 246, 4e édit. — Troplong, *Contrat de mariage*, n° 288. — Voy. 1125, n° 6.

(2) Zachariæ, *ibid.* — Troplong, *Contrat de mariage*, n° 286.

(3) Riom, 23 juin 1853. Sirey, 54, 2, 37. — Cass., 13 juill. 1857. Sirey, 57, 1, 801.

Elle annule donc et anéantit tout acte de confirmation émané d'eux, comme ayant été arraché à la faiblesse et à l'imprévoyance, et comme manquant, par suite, des conditions nécessaires.

Aussi, a-t-il été décidé que, si les vices de forme dont est entaché un contrat de mariage peuvent être réparés par des actes de confirmation ou d'exécution volontaire après la dissolution du mariage (1), ils ne pouvaient l'être durant le mariage, soit par le silence des époux, soit même par leur consentement formel (2).

23. Que l'on suppose encore un contrat de mariage rédigé par acte sous seing-privé, et conséquemment nul (1394). Aucune confirmation n'est valable entre époux pendant le mariage. Le payement même d'une partie de la dot constituée à l'un d'eux ne vaudrait pas confirmation de la part du constituant. Il pourrait, nonobstant cette exécution volontaire, refuser le payement du surplus; et, après sa mort, ses héritiers auraient le même droit (3).

Mais cette nullité se rattache autant aux dispositions de l'article 1340, relatives aux actes de donation, qu'à celles de l'article 1395, qui concernent les contrats de mariage. Aussi, pensons-nous que, si ce payement fait par le constituant, en connaissance de cause, ne confirme point la constitution de dot, il vaudrait néanmoins confirmation, s'il avait été fait par ses héritiers, et que, dans tous les cas, il empêche, pour ce qui a été payé, l'action en répétition de l'indû. En ce point s'applique l'article 1340; mais, quant aux époux, aucun acte

(1) Cass., 31 janvier 1833. Sirey, 33, 1, 471. — 29 juillet 1856. Sirey, 57, 1, 824. — Nîmes, 12 nov. 1863. Sirey, 63, 2, 251. — Cass., 10 avril 1866. Sirey, 66, 1, 190.

(2) Rodière et Pont, t. 1, n° 158. — Troplong, *Contrat de mariage*, n° 288. — Caen, 9 mai 1844. Sirey, 45, 2, 76. — Nîmes, 6 août 1851. Sirey, 51, 2, 613. — Cass., 6 avril 1858. Sirey, 59, 1, 17.

(3) Pau, 18 juin 1836. Sirey, 36, 2, 546.

de confirmation n'est valable de leur part, avant la dissolution du mariage.

24. Nous sommes déjà autorisé à poser ce principe général, que si le vice de l'acte tient à une présomption légale d'erreur, de dol et de fraude, résultant de l'inobservation des formalités prescrites, ce même vice se communique aux actes de confirmation et d'exécution, tant que le principe n'en est pas effacé ; de telle sorte que ces actes ne peuvent valoir comme confirmation ni ratification, et que l'action de la partie à laquelle on les oppose ne peut être éteinte que par le laps de temps nécessaire pour la prescription à laquelle elle est spécialement soumise. Ce principe, qui se déduit des observations qui précèdent, est confirmé par un nouvel exemple, que nous empruntons aux comptes de tutelle.

L'article 472 prononce la nullité de tout traité qui pourra intervenir entre le tuteur et le mineur devenu majeur, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé et de la remise des pièces justificatives, le tout constaté par un récépissé de l'ayant-compte, dix jours au moins avant le traité. Tout acte de confirmation d'un traité ainsi fait en contravention aux dispositions de cet article, ne peut donc être valable, s'il n'est intervenu après l'accomplissement des conditions qu'il prescrit. Cet acte de confirmation est, en effet, entaché lui-même du même vice que le traité auquel il s'applique, soit qu'il s'agisse d'une ratification tacite ou expresse (1).

« Aux termes de l'article 472, dit la Cour de cassation (2), tout traité qui peut intervenir entre le tuteur et le pupille devenu majeur est nul, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte de tutelle et de la remise des pièces justificatives...

(1) Zachariæ, t. 1, p. 237, et t. 2, p. 455, 1re édit., et t. 1, p. 494, et t. 4, p. 265, 4e édit. — Lyon, 31 déc. 1832. Sirey, 33, 2, 173. — Grenoble, 15 nov. 1837. Sirey, 38, 2, 180. — *Contrà,* Limoges, 8 mai 1835. Sirey, 36, 1, 946.

(2) Cass., 5 juin 1850. Sirey, 50, 1, 714.

L'action en nullité n'étant ouverte qu'après la majorité du pupille, elle peut être exercée tant que le compte de tutelle n'a pas été rendu, et quelque soit l'âge du pupille, à moins que l'action n'ait été légalement prescrite. Elle ne peut cesser d'exister par la connaissance que le pupille, devenu majeur, pouvait avoir de ses droits et de sa juste position à l'égard du tuteur, puisque, aux termes de l'article 472, la présomption légale de la connaissance de ses droits n'existe, pour le pupille devenu majeur, que par le fait même de la reddition du compte de tutelle, détaillé et accompagné de la remise des pièces justificatives. L'exécution donnée au traité n'en change pas le caractère, le vice dont l'acte lui-même est atteint se communiquant aux actes d'exécution, tant que la cause en subsiste. L'action en nullité ne saurait être prescrite tant que l'action du mineur contre son tuteur en reddition de compte de tutelle n'est pas prescrite elle-même par le laps de temps déterminé par l'article 475. »

25. On s'est demandé si une obligation sans cause ou sur une fausse cause peut être valablement confirmée. Cette question peut indifféremment se résoudre par l'affirmative ou la négative, suivant le point de vue auquel on se place. Il importe donc de s'entendre, et, pour cela, quelques courtes explications sont nécessaires.

Non, sans doute, l'obligation sans cause ou sur une fausse cause ne peut être confirmée, parce que, aux termes de l'article 1131, elle ne peut avoir aucun effet, qu'elle est frappée d'une nullité radicale, réputée même inexistante, et que ce qui n'existe pas n'est point susceptible de confirmation ni d'exécution qui en tienne lieu (1).

Mais c'est en ce sens seulement que la confirmation expresse ou tacite est impuissante à en couvrir le vice, si elle ne supplée elle-même l'absence ou la fausseté de la cause, de manière

(1) Bordeaux, 24 déc. 1844. Sirey, 45, 2, 356.

donner désormais à l'obligation une cause réelle et licite. Il t incontestable que, dans ce cas, le vice se continue dans acte de confirmation, quel qu'il soit.

L'obligation sans cause ou sur cause fausse peut, au conaire, être valablement confirmée et ratifiée, et sa confirmaon ou exécution volontaire emporte renonciation à en oppor la nullité, si, de la part de l'obligé qui la confirme et atifie, il y a eu intention de couvrir le vice en suppléant une use véritable et licite d'engagement. Il existe, en effet, dès rs, une cause capable de fonder l'obligation, et il importe eu à sa validité qu'elle y soit ou non exprimée, pourvu qu'en éalité elle existe. Car une obligation n'est pas moins valable uoique la cause n'en soit pas exprimée. Ce n'est pas à un utre titre que les actes déguisés et simulés, sans fraude nvers la loi, doivent être exécutés de la manière dont les arties ont entendu qu'ils le fussent, lorsqu'ils ont une cause cite et réelle (1).

L'exécution volontaire n'empêche alors fort souvent que la épétition comme indû de ce qui a été payé, sans donner ction pour le surplus au prétendu créancier (2).

Lorsqu'il s'agit de la confirmation d'une obligation qui, dans e principe, était sans cause ou sur cause fausse, la question le sa validité et de son inefficacité se réduit donc à un point le fait. Si la confirmation, dans l'intention de celui de qui elle mane, n'a pas eu pour effet de suppléer le défaut ou la fauseté de la cause, elle demeure inefficace, et ne répare pas le ice. Que si, au contraire, le confirmant a entendu substituer ine autre cause réelle, même purement gratuite, la confirmaion vaut et emporte renonciation à opposer la nullité de l'engagement. Mais alors c'est au créancier qui s'en prévaut à tablir, d'après les circonstances, qu'elle réunit toutes les conlitions essentielles à son efficacité.

(1) TOULLIER, t. 6, n° 180, et t. 8, n° 521.
(2) DURANTON, t. 13, n° 281.

26. Il est un vice de cause qui se rattache, sous certai rapports, au défaut et à la fausseté de cause; c'est la lésio qui n'est, à tout prendre, qu'une insuffisance de cause. Ce vi peut de même être couvert par une confirmation expresse c tacite, et il peut l'être immédiatement; car, de sa nature, il r s'oppose pas à ce que la partie obligée, moyennant le concou de certaines conditions que nous expliquerons bientôt, co firme et ratifie tout de suite son obligation, quelque lésionnai qu'elle puisse être.

Nous observerons seulement que si la confirmation résul d'une exécution volontaire, les juges devront se montrer d'a tant plus sévères dans l'appréciation des conditions essentiell à tout acte confirmatif, que la lésion constitue un vice d'un espèce particulière, qui se mélange souvent d'erreur et de do et dont, conséquemment, la partie obligée ne se rend pas to jours un compte parfaitement exact. Cette observation se com prendra mieux par les explications qui vont suivre.

27. Les règles relatives à la confirmation, soit quant au fond soit quant à la forme, reposent toutes sur ce principe, qu chacun peut renoncer au droit introduit en sa faveur; *regul est juris antiqui omnes licentiam habere his quæ pro se intro ducta sunt renuntiare* (1).

L'article 1338 dit lui-même qu'elle emporte renonciation Or, comme toute renonciation doit se faire en connaissance d cause, toute confirmation expresse ou tacite doit égalemen avoir lieu en connaissance du vice dont l'acte est entaché, e avec l'intention de le couvrir. Telles sont les conditions essen tielles de toute confirmation ou ratification, et les disposition de notre article n'ont d'autre objet, quand elles règlent l forme de l'acte destiné à la constater, que de mieux assure la preuve de leur concours et de leur accomplissement.

28. L'acte de confirmation ou de ratification, dit-il, n'es

(1) L. 29, C. *De pactis*

able que lorsqu'on y trouve la substance de l'obligation, la ention du motif de l'action en rescision, et l'intention de parer le vice sur lequel cette action est fondée.

Remarquons bien que ces dispositions ne régissent que la rme de l'acte, et ne concernent nullement la validité de la nfirmation au fond. Cette distinction conduit à des conséences importantes.

L'acte de confirmation, soit authentique ou sous seing-privé, it donc relater la substance de l'obligation, c'est-à-dire qu'il it, en l'énonçant, la désigner de manière qu'elle ne puisse re confondue avec aucune autre. L'article 1338 n'exige que relation de la substance de l'obligation, tandis que l'article 37 exige la relation de la teneur du titre. Il suffira donc, ur satisfaire aux prescriptions de notre article, de relater ngagement, quelque succincte et résumée qu'en soit la menon, soit par sa nature, son nom, sa qualification, ou même nplement sa date, pourvu qu'il n'y ait aucun doute sur son entité.

L'article 1338 exige, en outre, la mention du motif de l'acon en rescision, soit qu'il se tire du fait ou du droit (1), afin i'il soit bien établi que l'acte de confirmation a eu lieu en nnaissance.

Il faut enfin qu'on y trouve l'intention de réparer le vice sur quel cette action est fondée. C'est cette intention qui donne l'acte toute sa valeur. Il n'y aurait qu'un fait inefficace et érile, si la partie de laquelle émane l'acte prétendu de conrmation, n'avait en réalité jamais eu l'entention de couvrir vice.

29. Le concours de ces diverses conditions doit résulter de acte même de confirmation. Il doit lui-même fournir la reuve de leur accomplissement. Ce n'est pas qu'il y ait aucune xpression sacramentelle exigée. Il suffit que les termes de

(1) Cass., 20 avril 1859. Sirey, 60, 1, 961.

l'acte, quels qu'ils soient, ne permettent pas de douter que confirmant n'ait eu l'intention de couvrir les vices de son ol gation en parfaite connaissance de cause.

Il appartient, du reste, à la Cour de cassation de contrôl au point de vue de la question de droit, l'appréciation que juges du fond ont faite des actes produits et invoqués com satisfaisant aux conditions prescrites par la loi (1).

30. L'acte de confirmation peut, indépendamment de s irrégularité quant aux énonciations qu'il doit contenir, ê entaché au fond d'un vice quelconque, tel que celui d'erreur, dol, de violence, d'incapacité. Il est alors sujet lui-même à u action en nullité ou en rescision, et a besoin d'être confirn

Dans le cas même où il serait plus tard rescindé ou annu il ne laisserait pas de produire certains effets considé bles. La rescision ou annulation ne remettra pas toujo les parties au même et semblable état que s'il n'avait jam eu lieu : car il peut impliquer, de la part du créancier, certai faits qui peuvent exercer quelque influence sur l'action nullité ou en rescision que l'acte prétendu de confirmati avait pour objet de couvrir. Telles sont les reconnaissanc interruptives de la prescription.

Par exemple, si l'acte de confirmation est annulé pour cau de violence et de dol, les motifs mêmes de son annulation fo nissent la preuve que le créancier, lorsqu'il l'a surpris ou ar ché, a reconnu l'existence de l'action en nullité ou en rescisi qui compétait contre lui. En conséquence, il en a, par reconnaissance, interrompu la prescription. Or, l'annulati prononcée de l'acte confirmatif n'empêche pas de subsister l aveux et reconnaissances qui en résultent, parce qu'ils so indépendants des motifs qui ont fait prononcer la nullité so la rescision de l'acte de confirmation où ils sont contenus (2

(1) Cass., 7 nov. 1877. Sirey, 78, 1, 62.

(2) Troplong, *Prescript.*, n° 618. — Zachariæ, t. 1, p. 70, nte 1 1re édit., et t. 1, p. 123, 4e édit. — Vazeille, *Prescript.*, n° 228.

En exigeant que l'acte de confirmation contienne la ance de l'obligation, la mention du vice et l'intention de parer, l'article 1338 ne signifie pas que cet acte ne doive aucune espèce de valeur, s'il ne réunit pas cette triple tatation. Elle n'est, en effet, requise, quant à la forme et ır de l'acte, que comme justification expresse et formelle existence des conditions au concours desquelles est subor- ée la validité de l'acte confirmatif. Or, ces conditions peu- très bien exister en réalité, quoique l'acte ne les men- ıe pas; et la confirmation étant valable en soi, il ne peut y de difficulté que quant à la preuve de son existence.

donc il existe, en dehors de l'acte de confirmation qui, à n de son irrégularité, ne fait point une preuve complète, res éléments réguliers de preuve, et que l'on établisse par ue le débiteur connaissait réellement le vice de son obliga- et avait l'intention de le réparer, la confirmation devra pro- tous ses effets. L'irrégularité de l'acte destiné à la cons- n'exclut pas les autres moyens ordinaires de preuve, et être très bien suppléée par eux, conformément aux prin- généraux du droit. Il en résulte seulement que l'acte ne pas, par lui-même, preuve pleine et entière de la confir- on, et qu'il ne constitue point un titre parfait sur lequel uges puissent fonder exclusivement leur décision (1).

. Tous moyens de preuve sont alors admissibles. Car, gré l'insuffisance de ses énonciations, l'acte forme un com- cement de preuve par écrit qui autorise l'admission de la ıve testimoniale et des présomptions simples. Il ne s'agit , dès lors, que de compléter la preuve par l'un de ces ens (2), à moins que les parties n'aient fait, de la passation ı acte régulier, la condition substantielle et absolue de la firmation. L'acte n'est plus alors exigé simplement comme

) TOULLIER, t. 8, n° 499. — DURANTON, t. 13, n° 276. — ZACHA- t. 2, p. 457, nte 21, 1re édit., et t. 4, p. 268, 4e édit.

) TOULLIER, t. 8, n° 500.

moyen de preuve, mais comme condition de la confirmati
puisque sa perfection même en dépend (1).

33. Si l'acte confirmatif ne faisait mention spécialement
d'un seul vice, il ne ferait preuve complète de la renonciat
de l'obligé que par rapport à ce vice particulier. Quant
autres vices non mentionnés dans l'acte, et également capal
de fonder, à un autre titre, une action en rescision ou en n
lité, le créancier doit établir que, malgré le silence de l'a
la confirmation s'applique à tous indistinctement.

Mais tous moyens de preuve sont alors admissibles p
l'établir, puisque, ainsi que nous venons de l'observer, l'a
confirmatif peut valoir comme commencement de preuve
écrit. Cependant, s'il résultait des termes dans lesquels il
conçu que le débiteur a eu l'intention de ne purger que tel v
exclusivement, son adversaire demanderait vainement à ê
autorisé à prouver que la confirmation doit recevoir une ap
cation plus étendue. Il ne serait du moins admis à faire ce
preuve que suivant les principes ordinaires applicables
cas où il s'agit de prouver outre et contre la teneur d'un ac
Il n'est plus, en effet, question, dans ce cas, de compléter u
preuve, mais bien d'en administrer une qui est en oppositi
avec les termes formels et exclusifs de l'acte.

34. Ce point lui-même suppose résolue une question p
générale; c'est celle de savoir si, lorsque l'obligation est en
chée de plusieurs vices, l'obligé peut, après l'avoir confirm
par rapport à l'un de ces vices, l'attaquer plus tard en res-
sion ou en nullité, en fondant son action sur l'existence d'
autre vice qu'il n'a jamais manifesté l'intention de réparer.

L'affirmative ne saurait souffrir aucune difficulté. La co-
firmation, comme tous les actes émanés de la volonté, tire,
effet, sa force de l'intention de celui qui confirme et ratifi
Libre de confirmer ou non, il est maître de donner à sa co

(1) Duranton, t. 13, n° 276.

fi ation une portée plus ou moins restreinte. Il peut, ayant p sieurs causes d'actions correspondantes aux différents vices q affectent l'engagement, ne renoncer qu'à une action parti- c ère, et se réserver l'exercice des autres; par exemple, soit q il s'agisse d'une confirmation expresse ou d'une confirma- ti i tacite, réparer les vices de consentement, tels que ceux r ultant du dol, de l'erreur ou de la violence, et maintenir, p ır en user à son gré, les vices de capacité, tels que ceux ultant du mariage, de la minorité, de l'interdiction; les vices d bjet, tels que ceux résultant de la dotalité, de l'hérédité f ıre; les vices de cause, tels que le défaut ou l'insuffisance la cause, par exemple, la lésion proprement dite. Tout ceci avoué par le droit et la raison (1).

)e même que la confirmation expresse, la confirmation ite par exécution volontaire, d'une donation, par exemple, ıt bien emporter, de la part des héritiers du donateur, ıonciation à la nullité résultant d'un vice de forme; mais elle ntraîne pas également renonciation à leur droit, qui en est sentiellement distinct, de réclamer leur part dans la réserve portion indisponible de l'immeuble donné. Ils peuvent nc encore agir en réduction de la donation comme excédant portion disponible (2).

35. Il ne se présente ainsi aucune difficulté sur le fond même ı droit théorique, mais seulement dans son application. Si ıcte confirmatif est expressément limité, et s'il contient, ıant aux autres vices non couverts, des réserves formelles, ı n'éprouve aucune espèce d'embarras. Mais l'acte peut être plicite sur l'un des vices, sans avoir cependant rien d'exclu- f quant aux autres; il peut être muet sur tous, et se borner

(1) L. 1, C. *Si major factus* — BRUNEMANN, sur cette loi. — ULLIER, t. 8, n° 498. — DURANTON, t. 13, n° 273. — Cass., 8 fév. 41. SIREY, 41, 1, 436. — Limoges, 13 déc. 1847. SIREY, 48, 2, 6.

(2) Cass., 12 juin 1839. SIREY, 39, 1, 659.

à exprimer une confirmation en termes généraux, sans q cependant, ils soient absolus. Dans ce cas, la question être résolue suivant l'appréciation des circonstances et faits de la cause. Mais il faut ne pas perdre de vue que la c firmation n'est en soi valable que tout autant que le co mant a connu le vice, et en même temps entendu le répa Les seuls vices purgés et couverts seront donc ceux qu'il a connus et voulu couvrir. Quant aux autres, il n'y aura, d part, aucune renonciation aux moyens et exceptions don forment le fondement.

Cette appréciation est, sans doute, fort délicate et diffi en cas de confirmation expresse ; mais elle l'est peut-être p encore en cas de confirmation tacite, où les actes desquels résulte ont par eux-mêmes un sens général, et ne comport en apparence aucune espèce de distinction entre les vices d on prétend trouver en eux la réparation. Ici encore il s'agi rechercher avec soin si le débiteur a entendu les réparer to en égale connaissance de cause.

Ces deux conditions d'intention et de connaissance, qui s intrinsèques et essentielles à toute confirmation, sont, en ef communes à la confirmation expresse et à la confirmati tacite. Leur concours est exigé pour l'une et pour l'aut Comme les actes d'exécution volontaire, d'où résulte la con mation tacite, n'ont de valeur que comme indices d'une int tion présumée de la part de celui de qui ils émanent, ce intention doit elle-même, comme aux cas de confirmati expresse, se caractériser et se qualifier par la connaissan acquise des vices qu'il s'agit de réparer. L'exécution volontai doit ainsi être éclairée, réfléchie et exempte de toute erre

Le texte de l'article 1338 appuie ces observations, qui so fondées sur la nature même de tout acte confirmatif. Il ve en effet, qu'à défaut d'acte de confirmation ou ratificatio l'obligation soit exécutée volontairement après l'époque laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ratifiée. Or, quelle est cette époque? C'est celle où le conf

ant avait connaissance des vices qu'il avait l'intention de parer, puisque notre article exige, pour la régularité de l'acte confirmation et comme preuve de cette connaissance, que cte mentionne le motif de l'action en rescision. Donc, celui i exécute volontairement une obligation sujette à rescision à nullité doit, pour en couvrir et réparer régulièrement les ces, en avoir acquis la connaissance au moment où il accomit un acte d'exécution volontaire. Et c'est aux juges à vérifier point de fait par l'appréciation des diverses circonstances (1).

36. Sous le rapport de la connaissance des vices qui motient l'action en nullité ou en rescision, la position de l'obligé ui a figuré personnellement dans l'acte est différente de celle e ses héritiers ou ayants-cause. Il peut exister, en effet, certains vices inhérents à sa capacité ou à son consentement, que eux-ci ne sont pas aussi bien que lui-même en état de connaître et d'apprécier. Ainsi, l'héritier qui paye une dette extorquée par violence ou surprise par dol à l'égard de son auteur, n'est pas censé confirmer et ratifier l'obligation, s'il n'est point établi qu'il a payé en connaissance du vice. Il peut donc, nonobstant le payement qu'il a fait de bonne foi, dans l'ignorance de la violence ou du dol, faire annuler l'obligation et exercer la répétion de l'indû (2).

Que si, au contraire, c'est son auteur même qui opère le payement, comme il a été personnellement victime de la violence et du dol, il ne peut en prétexter cause d'ignorance, et

(1) TOULLIER, t. 8, n° 504. — MERLIN, Rép., v° *Ratification*, n° 9, et Quest., *Eod.*, v° § 5, n° 3. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 455, nte 20, 1re édit., et t. 4, p. 266, nte 21, 4e édit. — DURANTON, t. 13, n° 277. — Cass., 5 déc. 1826. SIREY, 27, 1, 70. — Grenoble, 8 mai 1835. SIREY, 35, 2, 554. — Cass., 29 juillet 1856. SIREY, 57, 1, 824. — 25 nov. 1857. SIREY, 58, 1, 209. — Lyon, 6 août 1857. SIREY, 58, 2, 485. — Cass., 28 nov. 1866. SIREY, 67, 1, 18. — 14 mai 1867. SIREY, 67, 1, 236. — 18 juin 1867. SIREY, 67, 1, 297. — 9 juillet 1873. SIREY, 73, 1, 390. — 9 janvier 1884. SIREY, 84, 1, 375.

(2) POTHIER, *Condict. indeb.*, n° 144.

la confirmation est valable, pourvu qu'elle ait eu lieu après découverte du dol ou la cessation de la violence.

Aussi, pensons-nous que l'article 892 est inapplicable, lorsqu ce n'est pas le cohéritier qui a aliéné son lot en tout ou partie, après la découverte du dol ou la cessation de la vi lence, mais bien l'héritier de ce cohéritier, dans l'ignoran du dol ou de la violence pratiquée envers son auteur. Si, effet, cet article dispose que le cohéritier qui a aliéné son l n'est plus recevable à intenter l'action en rescision pour d ou violence, si l'aliénation qu'il a faite est postérieure à découverte du dol ou à la cessation de la violence, une sen blable disposition est uniquement fondée sur ce que, dans cas, l'aliénation volontairement consentie, en connaissance d vice, constitue une confirmation tacite du partage. En exigea que l'aliénation ait lieu en connaissance du vice, l'article 89 ne fait, ainsi que nous l'expliquerons plus loin, que consacre les principes généraux du droit posé dans l'article 1338. O l'on comprend sans peine que l'héritier du cohéritier coparta geant, qui aliène tout ou partie de son lot, ne doit point, sou le rapport de la connaissance du vice qui affecte le partage être assimilé à son auteur, et que l'article 1338 lui est seu applicable ; c'est-à-dire qu'il n'est censé ratifier le partage, pa l'aliénation de tout ou partie de son lot, que si, au moment d cette aliénation, il a personnellement connu les vices de l'acte

Et, quant à cette connaissance, il ne suffirait pas, pour l validité de la confirmation ou de l'exécution volontaire, qu'ell fût seulement signalée comme possible et extrêmement vrai semblable. Elle n'aurait, dans ces termes, qu'un caractèr conjectural, tandis qu'elle doit être positive et certaine. La Cour de cassation (1) a fait de ce principe une applicatio très rigoureuse, au cas d'exécution volontaire d'une vent arguée de lésion de plus des sept-douzièmes.

(1) 19 déc. 1853. Sirey, 54, 1, 686. — Voy. encore Cass., 29 juillet 1856. Sirey, 57, 1, 824.

37. Ici se présente une question relative à la charge de la preuve. Est-ce le créancier qui invoque la prétendue confirmation qui doit établir qu'elle réunit toutes les conditions essentielles à sa validité? Ou bien, au contraire, est-ce au débiteur contre lequel on s'en prévaut, à justifier qu'elle ne remplit point les conditions voulues d'intention et de connaissance?

M. Toullier (1) pense que le débiteur est tenu de cette preuve négative, parce que si, aux termes de l'article 1338, l'exécution volontaire suffit, celui au profit duquel le contrat est ratifié par l'exécution n'a rien autre chose à prouver; qu'en conséquence, il n'est pas obligé de prouver que le ratifiant connaissait le vice du contrat quand il l'a exécuté; que c'est à ce dernier de prouver qu'il ne le connaissait pas, s'il croit pouvoir le faire.

Ces observations ont entraîné M. Merlin, qui, après avoir embrassé l'opinion contraire (2), s'est plus tard rétracté (3), en ajoutant aux raisons données par M. Toullier, que, l'erreur ne se présumant pas, c'est à celui qui l'invoque à la prouver. Nous ne saurions, quant à nous, nous ranger à cette opinion.

L'argument que l'on tire du texte de l'article 1338 n'est rien moins que concluant, et quand on dit que, si l'exécution volontaire suffit pour confirmer l'obligation, le créancier qui l'oppose n'est pas tenu de prouver que l'obligé connaissait le vice de son engagement au moment de l'exécution volontaire, on donne aux expressions mutilées de notre article une très fausse interprétation. On ne fait pas attention, en effet, que cette exécution ne suffit qu'à la condition qu'elle a eu lieu après l'époque où l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée. Or, M. Toullier (4) dit lui-même que c'est

(1) T. 8, n° 519. — *Conf.*, TROPLONG, *Donat.*, n° 1749.
(2) Rép., v° *Ratification*, n° 9, et v° *Testament*, sect. 2, § 5, n° 3.
(3) Quest., v° *Ratification*, § 5, n° 5.
(4) T. 8, n° 504.

l'époque où l'obligé a connu les vices de l'obligation. Don cette connaissance acquise est une condition essentielle, laquelle est subordonnée l'efficacité de l'exécution volontai comme confirmation. La conséquence qu'il tire du texte l'article 1338 est ainsi contradictoire avec le sens qu'il lui attribué, puisque cette conséquence ne serait exacte q dans le cas où il serait établi que l'exécution volontai vaut comme confirmation, abstraction faite de la connai sance ou de l'ignorance de l'obligé, quant aux vices qui ent chent son obligation. Or, l'exécution volontaire ne suf point, nous le répétons, si elle n'a eu lieu en connaissance vice.

Quant à l'argument tiré de ce qu'en général l'erreur ne présume pas, et que c'est à celui qui l'allègue à la prouver, est ici tout à fait inapplicable. Oui, sans doute, il est inco testable que celui qui se prévaut de l'erreur pour en faire fondement d'une action ou d'une exception, doit l'établi mais l'obligé à qui on oppose sa confirmation prétendue n'e point dans cette situation. Voici, en effet, dans quelle positi il se trouve et comment se développe le débat.

Il poursuit une action en nullité ou en rescision, et étab l'existence du vice sur lequel il la fonde. Sa demande est ai justifiée, et il n'a plus rien à prouver. Quant à son adversair il oppose l'exécution volontaire; il se constitue donc dema deur dans son exception, et conséquemment, il doit la justifie suivant les principes du droit commun. Or, cette excepti ne sera justifiée que lorsqu'il aura établi que la prétend confirmation dont il se prévaut, réunit toutes les conditio intrinsèques essentielles à sa validité; et cette preuve ne se faite que lorsqu'il aura établi que le débiteur a exécuté volc tairement, en connaissance du vice, avec intention de réparer.

Si plusieurs vices existent concurremment, il devra admin trer la preuve pour chacun d'eux; autrement, l'obligé pour encore agir en rescision ou en nullité, en se fondant sur l

autres vices dont il ne sera pas prouvé qu'il avait également connaissance au moment de l'exécution de l'acte.

Il nous paraît si vrai que la charge de cette preuve incombe au créancier qui oppose la confirmation, qu'il ne doit pas en être différemment en cas de confirmation expresse, puisque les conditions essentielles et fondamentales de toute confirmation ou ratification sont indistinctement les mêmes, indépendamment de la forme et de la nature des actes par lesquels leur existence se révèle. Or, supposez un acte de confirmation expresse qui ne mentionne pas le motif de l'action en rescision ; cet acte n'est pas valable ; néanmoins, celui qui l'oppose peut s'en autoriser pour être admis à prouver que la confirmation réunit toutes les conditions requises pour sa validité. Mais c'est à lui à faire cette preuve ; c'est à lui qu'incombe la charge d'établir que l'obligé connaissait le vice de son contrat. Pourquoi en serait-il autrement en cas de confirmation tacite? Est-ce que les actes d'exécution volontaire emportent, par eux-mêmes, une présomption de science, et écartent toute présomption d'erreur de la part de celui de qui ils émanent?

Que si, enfin, il n'existe ni acte exprès de confirmation, ni faits d'exécution volontaire, le créancier sera sans doute admis à prouver, par tous les moyens qui seraient admissibles pour établir l'existence de l'engagement, si elle était contestée, qu'il est intervenu une confirmation expresse, mais verbale. Est-ce que, dans ce cas, il ne serait pas tenu de prouver que l'obligé a confirmé en pleine connaissance de cause? Pourquoi en serait-il donc autrement dans les autres cas de confirmation, quand, par eux-mêmes, les actes invoqués sont insuffisants pour justifier de cette connaissance acquise (1)?

38. Quoi qu'il en soit, il convient de distinguer entre l'erreur de fait et l'erreur de droit. Ce que nous venons de dire

(1) ZACHARIÆ, t. 2, p. 455, n[te] 20, 1[re] édit., et t. 4, p. 266, n[te] 21, 4[e] édit. — MARCADÉ, art. 1338, n° 4.

est inapplicable à cette dernière, parce qu'elle ne se présume point, qu'elle sort des règles ordinaires, et que c'est toujours à celui qui l'allègue à en établir l'existence par des preuves claires et positives. Lorsque le débiteur qui a confirmé son obligation, en connaissance du vice, prétendra que, néanmoins, il a été induit en erreur sur les conséquences juridiques et les effets légaux de ce vice, il sera tenu d'administrer la preuve de cette erreur de droit. Son adversaire ayant prouvé qu'en fait il connaissait le vice, n'a plus rien à établir, et, s'il y a doute, il en profite (1). Le confirmant est ainsi chargé de prouver l'erreur de droit qu'il invoque, comme il le serait en cas qu'il prétendît avoir été victime du dol ou de la violence.

39. Du reste, les tribunaux peuvent résoudre par l'appréciation des circonstances, les deux questions relatives, soit à la connaissance du vice, soit à l'intention de le réparer.

La nature du vice qui entache l'obligation ou de l'exécution volontaire qu'on oppose comme confirmation, peut servir elle-même à les résoudre. Tel est le cas où, le vice étant personnel et apparent, celui qui confirme ne peut, avec apparence de raison, prétexter cause d'ignorance, et où les actes d'exécution sont tellement énergiques et caractérisés, qu'il est impossible d'admettre qu'il n'ait pas eu l'intention de purger et de couvrir tous vices quelconques, en pleine et entière connaissance.

40. A ces premières conditions, indispensables pour que les actes d'exécution volontaire vaillent confirmation, il convient d'en joindre d'autres. Il faut, en outre, que ces actes d'exécution émanent d'une personne capable de s'obliger, puisqu'ils ne peuvent utilement intervenir qu'après l'époque où l'obligation pouvait être valablement confirmée, et que ceux-là seuls sont capables de confirmer qui sont capables de contracter.

41. L'exécution doit enfin être volontaire, c'est-à-dire qu'elle

(1) Zachariæ, *ibid.* — Cass., 11 juillet 1859. Sirey, 60, 1, 35.

ne doit être ni surprise par dol, ni arrachée par violence, ni forcée par les voies de droit. Elle ne serait pas volontaire si elle était entachée de vices qui invalident le consentement, ou si elle n'avait eu lieu qu'à la suite et en exécution d'une poursuite judiciaire ou d'une contrainte légale, ou dans le seul but de s'y soustraire (1).

42. Moyennant le concours de ces différentes conditions, l'exécution volontaire vaut confirmation de l'acte, et en couvre les vices, soit qu'il s'agisse d'une action en nullité ou d'une action en rescision. Les articles 1311 et 1338 ne permettent pas de faire aujourd'hui la distinction proposée par nos anciens auteurs, et reproduite par M. Merlin avant la promulgation du Code civil (2).

Voici en quoi consistait cette distinction : Suivant les principes de la loi romaine, on distinguait entre les actes nuls de plein droit, *ipso jure*, et les actes simplement rescindables. Quant aux premiers, l'exécution volontaire qui leur était donnée en majorité par le mineur emportait ratification complète de sa part. Quant aux derniers, malgré l'exécution qu'il leur avait donnée en majorité, le bénéfice de la restitution en entier lui demeurait encore réservé. La raison de cette différence était prise dans la nature spéciale du vice dont l'acte était infecté. L'acte nul, *ipso jure*, ne pouvant produire par lui-même aucun effet, l'exécution qui lui était volontairement donnée par le mineur devenu majeur ne pouvait avoir d'autre objet que de le confirmer et d'en purger les vices. Au contraire, l'acte simplement rescindable et conséquemment supposé valable en soi, étant susceptible de produire certains effets obligatoires, même pour le mineur, jusqu'à son annulation prononcée, on ne pouvait, dans le doute sur le motif qui le déterminait à exé-

(1) TOULLIER, t. 8, n° 512. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 458, 1re édit., et t. 4, p. 269, 4e édit. — DURANTON, t. 13, n° 282. — Cass., 19 janv. 1830. SIREY, 30, 1, 69.

(2) Quest., v° *Mineur*, § 3.

cuter cet acte, interpréter l'exécution volontaire exclusivement dans le sens d'une ratification destinée à couvrir même le vice de lésion. Il semblait qu'on devait alors n'y voir qu'un acte contraint et forcé, que le mineur avait accompli par nécessité, parce qu'il ne pouvait faire mieux ni autrement (1).

Voilà pourquoi la confirmation d'un acte nul de droit pouvait être tacite, tandis que celle d'un acte rescindable ne pouvait être qu'expresse et formelle. Le Code civil a rejeté cette distinction, et avec raison; car le mineur devenu majeur pouvant également se soustraire à l'exécution de l'acte passé par lui en minorité, tout aussi bien lorsqu'il est sujet à rescision que lorsqu'il est atteint de nullité, l'exécution volontaire qu'il lui donne ne peut raisonnablement s'entendre que dans le sens d'une confirmation destinée à en couvrir les vices, quels qu'ils soient. Il n'y a donc maintenant aucun distinction à faire, dans le fond et dans la forme, entre les actes qui emportent renonciation à l'action en nullité, et ceux qui emportent renonciation à l'action en rescision (2).

43. Quant aux actes d'exécution volontaire, il importe peu qu'il s'agisse d'une exécution totale ou partielle. Ils n'en constituent pas moins une confirmation régulière de l'obligation (3).

Les faits d'exécution desquels peut résulter une confirmation tacite varient, d'ailleurs, suivant la nature de l'engagement. Mais, en général, il y a confirmation tacite de la part de celui qui fait ou prend livraison de la chose, opère ou reçoit payement, fait novation régulière, signifie même un simple commandement (4), accomplit, en un mot, un acte quelconque

(1) MERLIN, *ibid.* — VOET, *ff. De minor.*, n° 44.

(2) TOULLIER, t. 8, n°s 510 et 511. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 457, 1re édit., et t. 4, p. 268, 4e édit.

(3) DURANTON, t. 13, n° 280. — ZACHARIÆ, *ibid.* — FAVARD, Rép., v^is^ *Actes récog. et conf.*, § 2, n° 4.

(4) Cass., 27 juillet 1829. SIREY, 29, 1, 370.

'exécution volontaire qui suppose nécessairement en lui la olonté de maintenir l'obligation. Ainsi, il y a confirmation ıcite de la part du mineur, lorsqu'il fait en majorité un acte ui n'est que la suite ou la conséquence de celui qu'il a fait en ıinorité; par exemple, lorsque, dans l'action ou les comptes e tutelle, il poursuit contre son tuteur le payement du prix 'un immeuble indûment aliéné (1); lorsqu'il accepte en majoité une reconnaissance de l'acquéreur portant que la vente, régulièrement faite sans formalités, a eu lieu sous faculté de achat; lorsque le mineur ayant vendu sous faculté de rachat, ans l'accomplissement des formalités voulues, cède en majoité son droit de réméré à un tiers (2).

44. L'exécution volontaire ne s'entend pas ici seulement des actes au moyen desquels une partie accomplit, envers l'autre contractant, tout ou partie des engagements qu'elle s'est imposés. Elle comprend aussi tous les actes de disposition, même consommés envers des tiers, tels qu'une donation, une vente, un échange, un transport, une délégation. De pareils actes constituent également une exécution volontaire de l'obligation; car, ils en supposent nécessairement le maintien, et ce maintien lui-même suppose, de la part de celui qui exécute, l'intention de réparer le vice et de renoncer à toute action en nullité ou en rescision (3).

Certains actes peuvent même être considérés comme constituant une exécution volontaire, quoiqu'ils soient accomplis par l'obligé seul, sans l'intervention ni le concours de qui que ce soit. Telles sont des constructions, des réparations, et autres œuvres, à titre de propriété, qui supposent la volonté de maintenir l'engagement. Mais il en est autrement des simples

(1) L. 10, *ff. De reb. eor. qui sub tut. vel curat.* — Cass., 9 nov. 1869. Sirey, 70, 1, 71.
(2) Merlin, Quest., v° *Mineur*, § 3.
(3) Cass., 25 nov. 1878. Sirey, 79, 1, 57.

actes d'administration (1), si aucune autre circonstance vient leur attribuer le caractère d'une véritable confirmati tacite : ce qui est abandonné à l'appréciation souveraine d tribunaux.

45. Il importe de ne point assimiler à une exécution co sommée les actes par lesquels on manifeste seulement l'inte tion d'exécuter l'obligation. L'article 1338 exige, en effet, ur exécution accomplie ; et l'on comprend que les faits qui n'ii diquent qu'une intention qui ne s'est point encore réalisée, oi un caractère d'équivoque et d'incertitude qui a dû paraîti insuffisant au législateur.

Ainsi, la simple demande d'un délai pour payer ne const tue point un acte suffisant d'exécution (2).

Tels sont encore les effets d'une offre qui n'aurait pas é acceptée, et qu'il serait au pouvoir de celui qui l'a faite c retirer ou de renouveler (3).

Remarquons, au surplus, qu'il convient de ne point confor dre avec les actes de confirmation ou de ratification, les fai qui tendent à établir que le vice allégué, par exemple, un vic de consentement, erreur, dol ou violence, n'existe pas. Il n s'agit plus, en effet, de couvrir et de purger un vice prétendu mais seulement de prouver que l'obligation n'en est pas enta chée. Ce n'est donc qu'une question d'appréciation qu'il appar tient aux tribunaux de résoudre, abstraction faite des con ditions spéciales et des formes particulières exigées pour le actes proprement dits de confirmation expresse ou tacite.

46. L'article 892 ne fait que confirmer les principes que nou venons de développer. Il dispose que le cohéritier, qui a alién son lot en tout ou en partie, n'est plus recevable à intenter l'action en rescision pour dol ou violence, si l'aliénation qu'il

(1) Duranton, t. 13, n° 282.
(2) Zachariæ, t. 2, p. 458, 1re édit., et t. 4, p. 268, 4e édit. — Rennes, 8 avril 1835. Sirey, 36, 2, 37.
(3) Zachariæ, *ibid.* — Cass., 8 avril 1835. Sirey, 36, 1, 37.

ite est postérieure à la découverte du dol ou à la cessation a violence.

omme cet article ne parle que du cas de violence ou de , c'est une question fort controversée entre les auteurs et s la jurisprudence que celle de savoir s'il est également licable à l'action en rescision pour lésion. Les uns (1) sent que le simple fait d'aliénation rend le copartageant recevable à agir pour lésion, alors même qu'il a aliéné nt d'avoir acquis la connaissance de la lésion. Les autres lent, au contraire, que cette connaissance ait été au moins uise avant l'aliénation (2).

nfin, MM. Aubry et Rau sur Zachariæ (3) pensent que l'ar-e 892 est absolument inapplicable au cas de lésion, alors me qu'elle est connue, parce que l'aliénation que le copar-eant fait de tout ou partie de son lot ne constitue pas une cution proprement dite; qu'en effet, en aliénant en faveur n tiers, il n'accomplit, à l'égard de ses cohéritiers, aucune obligations que l'acte de partage lui impose; que les dis-sitions de l'article 892 sont donc exceptionnelles, même en qui concerne les cas de dol et de violence; qu'on ne saurait rattacher aux dispositions générales de l'article 1338, et appliquer, en conséquence, dans les conditions posées par dernier article, au cas de lésion; qu'enfin, ce vice est d'une ture complexe, d'une appréciation délicate, et dont il est t difficile d'avoir une connaissance certaine dans toute son

1) DELVINCOURT, t. 2, p. 367. — MALPEL, n° 316. — CHABOT, . 892, n° 2.

(2) DURANTON, t. 7, n° 589. — MERLIN, Rép., v° *Lésion*, § 6. — CHARIÆ, t. 4, p. 419, 1re édit., et t. 6, p. 587, 4e édit. — BELOST-LIMONT, sur Chabot, art. 892. — VAZEILLE, art. 892. — Cass., janv. 1833. SIREY, 33, 1, 209. — Bordeaux, 26 juill. 1838. SIREY, , 2, 51. — Nîmes, 22 mars 1839. SIREY, 39, 2, 461. — Agen, mai 1850. SIREY, 51, 2, 177. — Cass., 18 fév. 1851. SIREY, 51, 1, 0.

(3) ZACHARIÆ, t. 4, p. 419, nte 32, 1re édit., et t. 6, p. 587, nte 39, édit.

étendue. L'aliénation de son lot, de la part d'un copartagea n'est donc en aucun cas, suivant ces auteurs, ni une con mation tacite du partage, ni une renonciation à l'action rescision pour lésion.

Nous reconnaissons volontiers que l'article 892, par c même qu'il ne parle que du dol et de la violence, ne s'appliq point à la lésion. Mais est-il possible de suppléer son silen par les dispositions de l'article 1338? C'est ce que nous pe sons. Il est incontesté que l'exécution volontaire, effectuée connaissance de cause, répare le vice de lésion comme to autre. Or, pour répondre tout de suite aux dernières consid rations qui sont présentées, nous disons que l'appréciation cette lésion est la même, soit qu'il s'agisse d'une vente ou d'u partage, soit qu'il s'agisse enfin de tel ou tel acte d'exécutio Pour être conséquent, il faudrait aller jusqu'à dire que le vi de lésion résiste, par sa nature, à toute réparation au moye d'actes d'exécution volontaire. Que si, à raison de son cara tère et des difficultés d'appréciation, les juges doivent se mo trer plus sévères quant à la connaissance que la partie q s'en prétend victime doit avoir de la lésion, il en résulte, no point que le vice ne peut être réparé, mais seulement qu'o n'en doit admettre la réparation par exécution volontaire qu lorsqu'il est bien établi qu'il était parfaitement connu, et no vaguement soupçonné, quand les actes d'exécution ont eu lie

Toute la question est donc de savoir si le copartageant qu aliène, en connaissance de la lésion, tout ou partie de son lo fait un acte d'exécution. Et cette question se résume elle-mêm en celle-ci : Qu'est-ce que l'article 1338 entend par exécu tion volontaire? Nous l'avons déjà dit (1); il n'entend pas pa là seulement les actes par lesquels celui qui exécute accom plit tout ou partie de ses engagements envers l'autre parti mais encore les actes de disposition et de propriété par les quels il manifeste, soit unilatéralement, soit isolément, so

(1) *Suprà*, n° 44.

ntractuellement avec des tiers, l'intention de maintenir et confirmer l'obligation qu'un vice quelconque soumet à une ion en nullité ou en rescision. Cette interprétation rentre ns la généralité de ces mots, exécution volontaire ; et ce qui confirme, c'est, ainsi que nous le verrons bientôt, que les es de confirmation expresse ou tacite n'exigent point le ncours de celui au profit duquel ils ont lieu.

L'aliénation qu'un copartageant consent de tout ou partie de n lot est donc, dans le sens de l'article 1338, un acte d'exé-tion ; et, dès lors, elle vaut comme confirmation, pourvu 'elle ait été accomplie sous les conditions déterminées par tre article. Elle réparera donc, suivant les principes du oit commun, non-seulement les vices de dol et d'erreur, is encore ceux de lésion et d'incapacité.

Ainsi l'a décidé la Cour suprême : « Aux termes de l'article 7, C. civ., les partages peuvent être rescindés pour cause violence ou de dol, et ils peuvent l'être également pour use de lésion de plus du quart. Si l'article 892 dispose que cohéritier qui a aliéné son lot en tout ou en partie n'est plus cevable à intenter l'action en rescision pour dol ou violence, sque l'aliénation est postérieure à la découverte du dol, ou a cessation de la violence, cet article ne s'occupe point du s où la rescision serait demandée pour cause de lésion ; et, r conséquent, l'action en rescision reste soumise, dans ce s, aux dispositions du droit commun. Il résulte du rappro-ement des diverses dispositions de l'article 1338, C. civ., e, soit que celui qui pourrait se pourvoir en nullité ou en scision contre une obligation la ratifie par un acte exprès, it qu'il l'exécute volontairement, la ratification ou l'exécution lontaire ne peuvent le rendre non recevable dans son action nullité ou en rescision, qu'autant qu'il est établi qu'il con-issait alors le vice dont l'acte pouvait être infecté, et qu'il t, par suite, réputé avoir voulu le purger de ce vice. L'alié-tion pure et simple par un copartageant, de tout ou partie son lot, ne constitue pas une exécution volontaire du par-

tage, équivalant à une ratification dans le sens de l'artic 1338, C. civ., s'il n'a pas connu, lors de l'aliénation, la lési dont il se plaint; et elle ne peut, par conséquent, élever u fin de non recevoir contre l'action en rescision du parta formée postérieurement (1). »

47. La confirmation, soit expresse, soit tacite, n'a p besoin, pour être valable, que la partie au profit de laquel elle a lieu y concoure elle-même. Elle constitue, de la part c confirmant, un acte purement unilatéral, soit qu'il s'agis d'une nullité relative ou d'une nullité absolue; et cet acte n pas besoin d'être accepté expressément. L'autre partie pe incessamment s'en prévaloir, sans qu'elle puisse être révoqu sous le prétexte qu'elle n'a pas été encore acceptée : c'est q celui qui confirme venant joindre son consentement à cel déjà donné par l'autre partie, au moment où l'engagement été formé, celle-ci est censée avoir donné d'avance son adh sion à la confirmation ou ratification. Ce n'est pas qu'il forme un nouveau contrat; mais le concours des de volontés se reporte au temps du contrat primitif, en resser et en fortifie les liens, sans former, à vrai dire, une conventic nouvelle. Voilà pourquoi les actes de confirmation, cens acceptés d'avance, n'ont pas besoin de l'être, et que la reno ciation qu'ils impliquent ne peut être rétractée (2).

48. Une obligation peut enfin être valablement confirm ou ratifiée par acte testamentaire; et cette renonciation à to moyens de rescision ou de nullité est obligatoire pour l héritiers.

(1) 4 déc. 1850. SIREY, 1851, 1, 179. — *Conf.*, Cass., 9 mai 185 SIREY, 55, 1, 791. — Cass., 17 nov. 1858. SIREY, 59, 1, 234. - Nîmes, 22 avril 1858. SIREY, 58, 2, 586 — Poitiers, 5 mars 186 SIREY, 64, 1, 433.

(2) TOULLIER, t. 8, nº 509, en note. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 45 1re édit., et t. 4, p. 269, 4e édit. — MERLIN, Quest., vº *Mineur*, § et vº *Testament*, § 18, nº 1.

49. La confirmation, ratification ou exécution volontaire, ıns les formes et à l'époque déterminées par la loi, emporte, ıivant les dispositions de l'article 1338, la renonciation aux oyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre l'acte ıi en est l'objet. L'engagement devient inattaquable, comme jamais il n'avait été entaché d'aucun vice. Tout motif d'ac-on en nullité ou en rescision étant réparé, l'acte est censé 'en avoir jamais été atteint, et il en résulte que la confirma-on expresse ou tacite a un effet rétroactif entre les parties (1).

50. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que la partie qui a onfirmé l'acte, tacitement ou expressément, ne puisse plus gir du tout en rescision ou en nullité, en vertu d'une qualité utre que celle qui lui appartenait au moment de la confirma-ion. Si, depuis, elle a acquis des droits qui l'autorisent à agir n une qualité différente, du chef d'un tiers qui n'a point con-irmé ni ratifié, on ne peut lui opposer la confirmation ou exé-:ution volontaire précédemment émanée d'elle. Ces actes ne ɔeuvent nuire à l'exercice des droits acquis par elle postérieu-'ement (2), quelle qu'en soit d'ailleurs l'étendue. Seulement, s'ils sont moins étendus que ceux qui lui appartenaient lors-qu'elle a confirmé ou ratifié, la confirmation ou ratification produira encore effet pour tout ce qu'ils contiennent en moins.

51. L'article 1338 ajoute : sans préjudice, néanmoins, du droit des tiers. Il s'agit de déterminer le sens de cette réserve. Il en résulte évidemment une exception aux dispositions qui précèdent; c'est-à-dire que les tiers peuvent, en cette qualité, opposer tous moyens et exceptions contre l'acte qui a été l'objet d'une confirmation expresse ou tacite, bien que les parties contractantes y aient personnellement renoncé en ce qui les concerne. Ou bien encore on peut dire, en d'autres termes, que

(1) Toullier, t. 8, n°s 513 et 514. — Zachariæ, t. 2, p. 458, 1re édit., t. 4, p. 269, 4e édit. — Duranton, t. 13, n°s 287 et suiv. — Marcadé, art. 1338, n° 5.

(2) Cass., 18 août 1840. Sirey, 40, 1, 785.

la confirmation, ratification et exécution volontaire n'ont poi[nt] d'effet rétroactif à l'égard et au préjudice des tiers. Mais [la] question, pour être ainsi nettement posée, n'en est pas mieu[x] résolue, et il reste toujours à expliquer en quels cas et à l'égar[d] de quelles personnes les actes de confirmation ont ou n'ont pa[s] d'effet rétroactif. Or, ce point est l'objet d'une vive controvers[e] dans la jurisprudence et dans la doctrine.

Parmi les auteurs, les uns distinguent suivant le caractèr[e] de la nullité dont était atteint l'acte confirmé ou ratifié. S'agit-i[l] d'une nullité absolue, la confirmation n'a point, suivant eux[,] d'effet rétroactif. Et, par nullité absolue, ils entendent tout[e] nullité qui peut être proposée indifféremment et également par chacune des parties, soit qu'elle se fonde sur un vice de forme ou sur tout autre vice. Par exemple, un acte de vente est nul quant à la forme; le vendeur le ratifie et confirme. Cette ratification ou confirmation ne fera pas tomber l'hypothèque qu'il m'aura consentie depuis la vente, mais antérieurement à la confirmation, sur les immeubles vendus (1).

S'agit-il, au contraire, d'une nullité relative, la confirmation ou ratification a un effet rétroactif qui remonte au jour même de l'acte. Ainsi, un mineur, une femme mariée consentent une hypothèque en minorité ou sans l'autorisation maritale; plus tard, survient un acte de confirmation donné en majorité ou après la dissolution du mariage. Cet acte a un effet rétroactif qui valide l'hypothèque et lui fait produire effet au préjudice même des tiers auxquels des droits hypothécaires ou autres droits réels ont été transmis dans le temps intermédiaire qui s'est écoulé entre l'acte primordial et l'acte confirmatif (2).

« Inutile d'objecter, dit M. Merlin, la maxime que la ratification ne peut jamais préjudicier à un tiers. Cette maxime n'est vraie que quant à la ratification d'un acte que la loi considère

(1) Toullier, t. 7, nº 563. — Troplong, *Hyp.*, nº 499. — Merlin, Quest., vº *Hyp.*, § 4, nºs 2, 6 et 7.

(2) Merlin, *ibid.* — Troplong, *Hyp.*, nºs 493 et suiv. — Toullier, t. 7, nºs 564 et 565.

mme non existant, soit parce qu'elle le frappe d'une nullité solue, par des motifs d'ordre public, soit parce qu'il manque s formes essentiellement constitutives de son existence gale, soit parce qu'il est étranger à la personne qui le ratifie, qui, par sa ratification, se le rend propre. »

Voici comment les auteurs dont nous exposons la doctrine sayent d'établir cette distinction : S'il s'agit d'une nullité solue, la confirmation ou ratification, disent-ils, ne tire sa rce que de l'acte qui la contient. Elle est considérée comme 1 nouveau titre qui ne produit effet qu'à sa date, et qui, ne ouvant être opposé aux tiers que de ce jour-là, doit recevoir n exécution indépendamment du premier, de telle sorte que s droits acquis à des tiers depuis l'acte nul, mais avant la nfirmation ou ratification, continuent de subsister.

Mais lorsque la nullité est simplement relative, elle constie, en faveur de ceux qui sont admis à s'en prévaloir, plutôt ne simple faculté de poursuivre et de faire prononcer l'annution de l'acte. Comme il n'est point frappé de nullité, et qu'il ibsiste par lui-même, l'approbation expresse ou tacite qui lui st donnée plus tard a, comme la prescription de l'action en escision ou en nullité à laquelle il est soumis, un effet étroactif qui se reporte naturellement au temps où l'acte a té passé (1).

Ceux qui ont acquis des droits dans le temps intermédiaire, joute-t-on, ne pouvant être admis à exercer les droits déjà xercés ou abdiqués par leur débiteur, il s'ensuit que, sauf les as de fraude, ils sont hors d'état d'exercer une action en resision ou en nullité à laquelle leur auteur a renoncé. Le preier contrat est ainsi irréfragable à leur égard. Ces raisons ont particulièrement appliquées par les auteurs aux actes its par les mineurs et les femmes mariées.

A l'appui de cette distinction entre les nullités relatives et

(1) TROPLONG, *ibid.* — MERLIN, *ibid.* — TOULLIER, t. 7, nos 563, 564, 70, t. 8, nos 522 et suiv.

les nullités absolues, on invoque diverses autorités emprunt à notre ancienne jurisprudence (1). Elle n'y était cependa pas universellement admise. Ainsi, Basnage (2) dit que c' une question fort problématique, si le contrat fait par mineur, et qu'il a ratifié après sa majorité, a hypothèque jour qu'il a été passé, ou seulement du jour qu'il a été ratifi Après avoir développé les raisons qui portent à décider q la confirmation a un effet rétroactif, il ajoute que, dans le se contraire, on peut dire que cessant la ratification, le contr ne peut subsister; qu'en effet, le mineur ne voulant point faire restituer, ses créanciers peuvent, néanmoins, exercer s actions et demander de leur chef la rescision du contrat. To tefois, il observe que cette raison serait peu considérable, le temps accordé pour obtenir le bénéfice de restitution éta expiré. Il cite enfin un arrêt rendu le 6 février 1668, en l grand'chambre du Parlement de Rouen, qui décida que l créancier n'aurait hypothèque que du jour de la ratification c'est-à-dire que la ratification n'avait point d'effet rétroacti au préjudice des droits de l'acquéreur des biens antérieure ment hypothéqués, en vertu d'un engagement contracté pa un mineur, mais ratifié par lui plus tard en majorité.

52. Cherchant à concilier cette jurisprudence avec celle contraire du Parlement de Paris, Basnage propose une distinction. Si le mineur est restituable pour lésion ou pour dol, en ce cas, dit-il, la ratification d'un tel contrat ne pourrait avoir un effet rétroactif, parce que le contrat n'étant pas valable à cause de la lésion et du dol, et ne subsistant qu'en vertu de la ratification faite dans les dix années pendant lesquelles la rescision pouvait en être demandée, et ayant pu être annulé cessant la ratification, l'on ne doit pas en faire remonter

(1) Denisart, v° *Ratification*. — Nouveau Denisart, v° *Hyp.*, § 3, sect. 7. Arret du 19 août 1784, qui y est rapporté. — Soulatges, *Hyp.*, p. 125.

(2) *Hyp.*, ch. 3.

hypothèque au jour du contrat. Mais, dans le cas contraire, i, par exemple, le mineur avait utilement employé les deniers u'il avait empruntés, en ce cas, comme il ne pourrait demaner le bénéfice de restitution, et que, par conséquent, la itification ne serait point nécessaire pour faire subsister le ontrat, ses biens seraient valablement hypothéqués de ce our-là.

Nous remarquerons, sur cette seconde branche de la disnction de Basnage, qu'elle n'a, dans l'opinion de son auteur ıême, aucune espèce de sens et de portée; car elle s'applique récisément à un cas où, suivant lui, le contrat est valable, t où, dès lors, n'y ayant aucune action en rescision ou en ullité à couvrir, on n'a pas à se demander si une confirmation ui est inutile, a ou non un effet rétroactif à l'égard des tiers. a validité même du contrat, dès le principe, écarte une areille question.

Cependant, M. Duranton (1) a reproduit, sous le Code civil, ι distinction de Basnage. Il pense, comme lui, que si le ıineur a profité du prêt qui lui a été fait, par exemple, hypothèque qu'il a consentie en minorité étant valable d'après ι loi elle-même, a effet du jour où elle a été régulièrement rise, et non du jour de la confirmation ou ratification. Il ratıche ainsi la solution de notre question bien moins aux prinpes de la confirmation ou ratification, qu'aux règles relatives la capacité des mineurs. Il admet, en effet, que l'hypothèque été valablement consentie par le mineur, par cela seul qu'il profité des sommes prêtées, et qu'elle vaut jusqu'à concurence du profit qu'il en a retiré. Or, c'est en ce point que side l'erreur de son opinion. Car il résulte manifestement es articles 457, 2124 et 2126, que les mineurs ne peuvent, ans le cas même où ils profitent du contrat, consentir valalement hypothèque sur leurs biens. Ils doivent sans doute nir compte de ce qui a tourné à leur profit; mais il est si

(1) T. 13, n° 285; t. 19, n°s 344, 347.

vrai que ce profit réalisé ne fait pas réputer valable l'engagement qu'ils ont contracté, qu'ils doivent n'en tenir compte qu'en conséquence de la rescision ou de la nullité prononcée de leur engagement, conformément à l'article 1312, C. civ.

Nous avons vu que la jurisprudence du Parlement de Rouen était contraire à celle du Parlement de Paris. En Bretagne, Duparc-Poullain, cité par M. Toullier (1), pensait aussi que la ratification ou confirmation par laquelle un mineur avait purifié en majorité le contrat par lui fait en minorité, n'avait point d'effet rétroactif au préjudice des tiers qui avaient acquis des droits dans le temps intermédiaire.

53. Revenons aux auteurs qui ont écrit sous le Code civil. Les uns, repoussant la distinction que nous venons de rappeler entre les nullités absolues et les nullités relatives, en proposent une autre fondée sur la nature des actes qui sont en concours. Par exemple, une personne confirme en majorité, ou après la dissolution du mariage, une vente qu'elle avait consentie en minorité sans observer les formes prescrites, ou durant le mariage sans obtenir l'autorisation maritale. Cette confirmation n'aura point d'effet rétroactif, et ne pourra être opposée à un second acquéreur auquel le mineur ou la femme aura transmis régulièrement depuis la première vente, mais avant l'acte de confirmation, les mêmes immeubles qui avaient été déjà aliénés (2).

Que si, au contraire, il s'agit d'une constitution d'hypothèque faite irrégulièrement en état de minorité ou durant le mariage, la confirmation donnée plus tard aurait un effet rétroactif, au préjudice même des créanciers hypothécaires dont le titre a une existence régulière antérieure à la confirmation, mais postérieure à l'acte confirmé. On en donne pour raison qu'un débiteur pouvant hypothéquer les mêmes immeubles au profit

(1) T. 7, n° 565.

(2) Zachariæ, t. 2, p. 137, n^{te} 10, et p. 459, n^{te} 31, 1re édit., et t. 3, p. 270, n^{te} 31, et t. 4, p. 270, 4e édit.

plusieurs créanciers différents, l'hypothèque consentie en
ajorité ne s'oppose pas à la confirmation de celle qui a été
nnée en minorité (1).

D'autres enfin repoussent toute distinction entre les actes
ntenant aliénation (2) et les actes emportant seulement
nstitution d'hypothèque (3). Ils pensent que, en aucun cas,
confirmation de l'acte nul ou rescindable n'a d'effet rétroac-
à l'égard des acquéreurs ou autres qui ont acquis des
oits réels sur la chose qui faisait l'objet du premier contrat,
ant qu'il fût confirmé ou ratifié (4). Peu importe alors, dans
te opinion que nous n'hésitons pas à suivre, qu'il s'agisse
droits d'hypothèque, d'usufruit, de servitude, de propriété
autres, pourvu qu'ils constituent des droits réels en faveur
s tiers (5).

i4. Mais avant de développer les raisons sur lesquelles nous
ayerons de la fonder, nous devons dégager la question
ncipale de quelques questions accessoires qui, en venant
mêler, pourraient y introduire quelque confusion.

Il est d'abord bien reconnu que si l'engagement qui était
ns le principe affecté de quelque vice a été purifié, et est
venu inattaquable par le seul laps du temps pendant lequel
partie obligée devait se pourvoir en nullité ou en rescision,
ns ce cas, la confirmation du contrat, ou plutôt la prescrip-
n de l'action en rescision ou en nullité, a un effet rétroactif,
me à l'égard des tiers, à la date de l'engagement. C'est, en
et, la loi elle-même qui, à l'aide du temps, confirme le con-
t, et cette confirmation rétroagit, à l'égard des tiers comme

1) Zachariæ, *ibid.* — Paris, 15 déc. 1830. Sirey, 31, 2, 83.
2) Cass., 16 janv. 1837. Sirey, 37, 1, 102.
3) Paris, 23 juill. 1838. Sirey, 39, 2, 5. — Montpellier, 6 janvier
6. Sirey, 66, 2, 280.
4) Grenier, *Hyp.*, t. 1, nos 42 et suiv. — Battur, *Hyp.*, t. 1,
160. — Marcadé, art. 1338, n° 5.
5) Duranton, t. 13, n° 285, et t. 19, n° 344. — Marcadé, art.
8, n° 5. — Cass., 24 mars 1880. Sirey, 83, 1, 461.

entre les parties contractantes elles-mêmes. Vainement ils all
gueraient que leur débiteur a laissé la prescription s'accompl
à leur préjudice. Il dépendait d'eux d'agir, soit en son li
et place, pendant le temps fixé pour la prescription (1), so
même de leur chef personnel et en leur nom propre, comn
subrogés à l'action en rescision ou en nullité (2). Car, no
nous proposons d'établir que leur auteur, en contractant av
eux avant toute ratification et confirmation de sa part, e
censé, par cela même, leur céder implicitement, avec les droi
transmis, l'action en nullité ou en rescision qui lui compèt
de telle sorte que désormais la prescription de cette action
doit courir et s'accomplir qu'à leur égard personnellement,
sauf toutes causes de suspension et d'interruption de leur ch
personnel. Ils auront donc toujours à s'imputer d'avoir lais
la prescription s'acquérir à leur préjudice.

55. Maintenant, voyons quelles personnes la loi entend
désigner par tiers. Elle entend par ce mot tous ceux qui
sont ni héritiers, ni successeurs, ni ayants-cause de la part
qui a confirmé ou ratifié l'acte. Car, à leur égard, la confirm
tion serait opposable comme à l'égard de celui-là même de q
elle émane. Sont donc réputés tiers tous ceux qui ont d
droits particuliers et personnels à défendre contre les act
de leur auteur qui pourraient leur faire préjudice.

Les explications que nous avons données sur le sens de cet
expression, dans notre commentaire de l'article 1328, revie
nent naturellement prendre ici leur place. Il s'ensuit que l
simples créanciers chirographaires ne sont point des tie
mais des ayants-cause qui ne peuvent, dans le cas même
leurs titres ont une date certaine antérieure à l'acte de conf
mation, s'opposer à ce que les créanciers hypothécaires, p
exemple, dont les titres ont été confirmés, exercent le

(1) Basnage, *Hyp.*, ch. 3. — Duranton, t. 19, n° 345. — Troplo
Hyp., n° 502. — *Contrà*, Grenier, *Hyp.*, t. 1, n° 47.
(2) *Infrà*, n° 59.

ypothèques à leur préjudice. Ils ne peuvent point demander u'ils viennent contributoirement et non par préférence. La onfirmation de leurs hypothèques produit en faveur des créan-iers hypothécaires tous ses effets, comme si elles avaient été alables et régulières dès le principe, non-seulement envers le ébiteur, mais encore envers ses créanciers chirographaires, ui ne sont que ses ayants-cause (1).

56. La confirmation de l'acte soumis à une action en resci-ion ou en nullité ne constitue point un titre nouveau. Elle ne ait que lui donner plus de force ou une force qu'il n'avait pas uparavant; ou, mieux encore, elle emporte seulement, sui-ant les termes de l'article 1338, renonciation aux moyens et xceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte.

Il en résulte que l'hypothèque confirmée, si elle a été déjà égulièrement inscrite, n'est point assujettie à une nouvelle nscription à prendre en conséquence de l'acte de confirmation u ratification. Car l'inscription déjà prise n'est pas frappée le nullité en soi, et son annulation n'est que la conséquence le celle dont serait frappé l'acte constitutif de l'hypothèque. a confirmation ou ratification de ce dernier acte assure donc 'efficacité de l'inscription à l'égard des créanciers hypothé-aires postérieurs (2).

Réciproquement, lorsqu'une partie confirme et ratifie un cte de partage ou tout autre acte équivalent, ce n'est pas à ompter de l'acte de confirmation et de ratification, mais ien de l'acte confirmé, qu'a couru le délai fixé pour l'inscrip-ion de son privilége de copartageant. Ce privilége sera donc erdu, à défaut d'inscription régulière, alors même qu'elle se erait réservé, dans l'acte de confirmation, tous les droits, ctions et priviléges résultant de l'acte confirmé (3).

(1) *Contrà*, DURANTON, t. 19, n° 346.
(2) Cass., 25 nov. 1856. SIREY, 57, 1, 117.
(3) Cass., 10 nov. 1862. SIREY, 63, 1, 129. — 30 juill. 1873. A notre apport. — DALLOZ, 74, 1, 106.

Il s'ensuit encore que les actes de confirmation qui s'appli quent à une transmission de propriété, n'ont pas besoin d'êtr transcrits, et que, avant la loi du 23 mars 1855 sur la transcrip tion, le créancier auquel une hypothèque avait été consenti antérieurement, ne pouvait désormais, comme s'il s'agissai d'un acte réellement translatif, et s'il ne l'avait déjà fait d'une manière régulière, prendre inscription conformément à l'article 834, C. p., dans la quinzaine de la transcription de l'acte confirmatif (1).

Sous ce rapport, on peut dire qu'il a un effet rétroactif envers les tiers, en ce sens qu'il se reporte à la date de l'acte confirmé ou ratifié, pour lui donner une force pleine et entière. Mais il faut remarquer que cet effet n'a point lieu, même dans ce cas, au préjudice de tiers ayant des droits acquis antérieurement à l'acte de confirmation. Ils ne sauraient donc prétendre qu'il rétroagit à leur préjudice.

57. Les actes de confirmation ou de ratification peuvent être opposés aux tiers à qui des droits n'ont été transmis qu'à une date postérieure, sur la chose qui faisait le sujet de l'acte confirmé ou ratifié. Le débiteur ne peut, dès lors, transmettre plus de droits qu'il n'en a lui-même, exactement comme s'il avait, dès le principe, contracté un engagement inattaquable.

Mais pour que cet acte de confirmation leur soit efficacement opposable, il faut qu'il ait une date certaine antérieure, conformément aux dispositions de l'article 1328. Car ils sont des tiers contre lesquels on ne peut se prévaloir que d'actes ayant date certaine. Par exemple, un créancier hypothécaire, un acquéreur, auxquels on oppose un acte de confirmation d'une hypothèque ou d'une vente antérieure, peuvent le repousser comme n'ayant point de date certaine antérieure à leurs propres titres. Ils ont, en effet, intérêt et, conséquemment, droit à assurer le maintien des droits qui leur ont été

(1) *Contrà*, Toullier, t. 7, n° 563.

ransmis, et à les défendre contre tous actes par lesquels leur uteur aurait tenté de les restreindre ou de les modifier indûment à leur préjudice.

Mais comme cet acte de confirmation ne contient aucune ranslation effective de droits, qu'il ne fait qu'opérer l'extincion d'une action en nullité ou en rescision, il est dispensé de a formalité de la transcription établie par la loi du 23 mars 855 (1).

58. Ces explications données, nous reprenons notre queson relative aux effets rétroactifs des actes de confirmation.

En général, les auteurs ne l'ont examinée qu'au point de vue es vices résultant de la capacité. Nous devons la généraliser, t embrasser sous une formule plus étendue tous les vices de apacité, de consentement, de cause, d'objet ou de forme, qui euvent donner lieu à une action en nullité ou en rescision. ous supposons donc un acte nul ou rescindable, quel que soit e vice dont il est entaché; et sous ces expressions nous comrenons tous les vices quelconques qui peuvent fonder la nulté ou la rescision d'un engagement. Ce point de vue général, utre qu'il rentre dans les termes et dans l'esprit de l'article 338, a l'avantage de donner une plus grande portée à la disussion qui va suivre et aux solutions qui en seront la conséuence.

Nous généralisons encore la question sous un autre rapport. n parlant du droit des tiers, nous entendons par là tous droits ropres et personnels acquis antérieurement à la confirmation u ratification, tels que des droits de servitude, d'usufruit, 'hypothèque, de propriété, ou autres droits réels, que les ers auxquels ils ont été transmis peuvent faire valoir et éfendre contre les actes par lesquels leur auteur pourrait les odifier, restreindre et anéantir.

Ceci nous conduit à repousser la distinction proposée entre

(1) TROPLONG, *Transcript.*, n° 131.

les actes contenant aliénation et ceux emportant constitutio d'hypothèque légale, judiciaire ou conventionnelle. Nous ran geons les uns et les autres sur la même ligne. Vainement o dit que celui qui a fait un acte de vente nul ou rescindable, e qui, plus tard, a aliéné en faveur d'un tiers la même chose avant tout acte de confirmation, s'est ainsi dépouillé du droi de confirmer, au préjudice du second acquéreur, la vente qu'i avait consentie précédemment à un autre; tandis qu'en con firmant l'hypothèque qu'il avait consentie par un acte nul ou rescindable, il ne fait qu'user du droit qui lui appartient d'hy pothéquer, autant de fois qu'il lui plaît, le même immeubl au profit de différents créanciers; c'est-à-dire que deux vente successives s'excluent, qu'elles sont en quelque sorte impé nétrables, mais que plusieurs hypothèques peuvent concouri sur la même chose. On en conclut que la confirmation de l'hy pothèque rétroagit au préjudice des créanciers qui ont acquis postérieurement à cette hypothèque, mais antérieurement à l'acte de confirmation, des hypothèques sur les mêmes immeulbes.

Ces raisons, tirées de ce que le débiteur peut, à son gré, consentir successivement plusieurs hypothèques sur la même chose, et de ce que ces hypothèques peuvent concourir sur leur gage commun, ces raisons nous semblent à peine spécieuses. Elles ne peuvent conduire à la solution de notre question. Qu'importe, en effet, que plusieurs hypothèques, et non plusieurs ventes, puissent concourir sur la même chose? Seulement, il est plus sensible, dans un cas que dans l'autre, que les actes de confirmation ne doivent point avoir d'effet rétroactif au préjudice du droit des tiers. Mais, dans les deux cas, il y a mêmes raisons de repousser cette rétroactivité.

Considérés en eux-mêmes et abstractivement, indépendamment de la nature de l'objet auquel ils s'appliquent, tous droits acquis aux tiers sont égaux et identiques. Peu importe qu'il s'agisse d'un droit de propriété, d'hypothèque ou de tout autre droit réel. De sa nature, le droit est toujours le même entre

s mains de celui auquel il a été transmis; et il y a pour celui
ii l'a transféré une égale impossibilité de rien faire, après
transmission, qui en restreigne ou modifie les effets. Telle
st, cependant, la distinction que l'on prétend établir entre
hypothèque et l'aliénation, comme si le tiers auquel une
ypothèque a été consentie n'avait pas, comme celui auquel
propriété d'une chose a été transférée, un droit égal, un
térêt égal à protéger et à défendre le maintien des engage-
ents contractés en sa faveur. Envisagée par rapport à la
ture essentielle des droits transmis, cette distinction manque
onc de base.

Mais les principes mêmes de la loi civile la repoussent for-
ellement. Pour pouvoir hypothéquer, il faut pouvoir aliéner.
r, il résulte de la distinction que nous combattons que l'on
urrait hypothéquer, alors qu'on ne pourrait pas aliéner,
isque le débiteur pourrait confirmer valablement et avec
fet rétroactif une hypothèque nulle ou rescindable, tandis
'il ne pourrait de même, au préjudice des droits des tiers,
nfirmer un acte d'aliénation. Une semblable théorie nous
mble arbitraire et inconséquente.

On ajoute que les créanciers dont l'hypothèque est posté-
eure ne peuvent prétendre que la confirmation de la première
pothèque préjudicie à leurs droits; qu'ayant été avertis
son existence, ils ont pu et dû s'attendre qu'elle serait
nfirmée, puisque leur débiteur ne renonçait pas, en leur
nnant hypothèque, à la faculté de confirmer le premier
gagement. Mais ces considérations laissent toujours la ques-
n entière. Car vainement on dit que les créanciers hypo-
écaires postérieurs ont pu et dû s'attendre à voir confirmer
première hypothèque nulle ou rescindable; il reste encore
tablir que cette confirmation, de la possibilité de laquelle
étaient prévenus, doit s'accomplir avec effet rétroactif. Ne
ut-on pas, au contraire, répondre que, sans doute, ils ont
connaissance de l'hypothèque antérieure; mais qu'ils ont
en même temps qu'ils pouvaient la faire rescinder ou

annuler; que, s'ils ont pu et dû s'attendre à l'éventualité d'u acte de confirmation, ils n'ont pu et dû l'envisager qu'avec sécurité que leur inspiraient des droits régulièrement acqui et auxquels leur débiteur ne pouvait désormais porter aucur atteinte? Ainsi se rétorquent les considérations invoquées l'appui de la rétroactivité de la confirmation ou ratification.

Cette première distinction écartée, nous avons à en réfute une autre; c'est celle d'après laquelle on range sur une ligr différente les actes entachés d'une nullité absolue et ceu affectés d'une nullité relative. Cette distinction nous paraît ell même arbitraire et impuissante à résoudre notre question.

Il est bien entendu d'abord que la nullité absolue, dont o s'occupe ici, n'est point une de ces nullités viscérales par suit desquelles l'acte qui en est infecté n'a aucune existence légal et est réputé inexistant aux yeux de la loi. Nous avons vu qu l'effet de semblables nullités était d'empêcher toute confirma tion ou ratification de l'acte qui en est atteint. Or, dès l'instar qu'on suppose une confirmation ou ratification, on suppose par cela même, une nullité qui ne s'oppose point à un pare acte, tout absolue qu'elle soit. La nullité absolue, dont il es ici question, est donc simplement celle qui, sans rendr impossible toute confirmation ou ratification, est telle, néar moins, qu'elle peut être invoquée par toutes parties.

Eh bien, nous disons qu'il n'y a, quant aux effets de la cor firmation ou ratification envers les tiers, aucune distinction faire entre les nullités absolues et les nullités relatives. On n saurait, en effet, la fonder sur les termes de l'article 1338 qui se bornant à parler d'action en nullité ou en rescision, suppos indifféremment une nullité absolue ou une nullité relative telle cependant que l'acte qui en est infecté peut être valable ment confirmé ou ratifié.

Prétendrait-on la fonder sur la nature particulière de ce deux actions? Mais alors il faut trouver des raisons géné rales, communes, et qui ne s'appliquent point seulement a cas d'incapacité personnelle de la femme et du mineur. E

encore celles que l'on donne pour ce cas ne sont-elles point décisives. Il faut, en un mot, poser une théorie qui embrasse toutes les nullités relatives, soit qu'elles se réfèrent à des vices de capacité, de consentement, de cause, d'objet ou de forme. A ce point de vue, une première considération nous touche; c'est que, s'agissant des effets de la confirmation ou ratification à l'égard des tiers, il est indifférent qu'il s'agisse de réparer tel ou tel vice produisant telle ou telle nullité, absolue ou relative, et que le seul point important est de savoir si l'acte est susceptible d'être confirmé et ratifié. On prétend en vain que l'acte fait par le mineur non habilité ou par la femme non autorisée, ne peut être attaqué que par la partie incapable; qu'il subsiste tant qu'il n'a pas été rescindé; que, dès lors, la confirmation qui intervient et le purifie ne fait que mieux assurer pour l'avenir l'existence légale qu'il avait déjà du jour de sa consommation. Il faut, en effet, aller beaucoup plus loin, et dire la même chose de tous les autres cas de nullité relative, tels que ceux de dol, d'erreur, de violence, de lésion, de dotalité, et autres concernant les vices d'objet ou de cause. Or, la question étant posée dans ces termes généraux, qu'importe que l'acte soit entaché d'une nullité absolue ou relative, c'est-à-dire que les deux contractants ou un seul aient le droit de poursuivre la rescision ou la nullité de l'engagement? Il n'en est pas moins vrai que, dans l'un comme dans l'autre cas, l'acte subsiste tant qu'il n'a pas été rescindé ou annulé, et que, par rapport à celui qui en demande l'annulation, le seul point important est qu'il puisse régulièrement exercer l'action qu'il poursuit, soit qu'elle n'appartienne qu'à lui seul, ou en même temps à son adversaire, qui l'exerce lui-même ou ne l'exerce pas.

Il est bien plus sensible encore que, lorsqu'il intervient un acte régulier de confirmation ou de ratification, il est indifférent de savoir si ce vice, qui est ainsi couvert, produisait une nullité absolue ou relative. La purification de l'engagement rend oiseuse toute question à cet égard. A plus forte raison,

ce point est-il indifférent pour les tiers qui ont acquis des droits de celui qui confirme ou ratifie, pendant le temps intermédiaire qui s'est écoulé entre le premier acte et sa confirmation. Quant à eux, il s'agit uniquement d'apprécier la nature des droits qui leur ont été transférés, de voir s'ils constituent des droits acquis, et si leur auteur a pu, par un acte ultérieur de confirmation, y porter une atteinte quelconque.

Notre question se trouve ainsi ramenée dans les termes généraux des règles relatives à la transmission des droits. Nous retombons sous l'application de la maxime, que nul ne peut transférer plus de droits qu'il n'en a lui-même. Voici comment : J'ai contracté un engagement nul ou rescindable; plus tard, je transmets à un tiers des droits sur la chose qui a fait le sujet du premier engagement que je ratifie et confirme après avoir fait ce second acte. Nous disons que cet acte intermédiaire empêche dorénavant toute ratification ultérieure au préjudice des droits qu'il a eu pour effet de transférer à un tiers. La confirmation ou ratification n'aura lieu que sans préjudice de ses droits acquis. En effet, lorsque j'ai contracté avec ce tiers, je me suis engagé à faire produire au contrat tous les effets qu'il était dans sa nature de produire; je me suis obligé à en assurer l'exécution, sans que je puisse, par aucun acte postérieur, l'empêcher ni la restreindre. Or, cet acte ne peut recevoir son plein et entier effet que moyennant la nullité ou la rescision du premier engagement. Je me suis donc obligé, par la seule force du contrat que j'ai passé avec le tiers, à ne point confirmer le premier acte nul ou rescindable; c'est-à-dire à ne point renoncer aux moyens et exceptions qui pouvaient être invoqués. Autrement, je contreviendrais à l'obligation que je me suis imposée de droit de le garantir contre mes faits personnels. Je l'ai mis ainsi virtuellement en mon lieu et place, et il a accepté lui-même cette subrogation, en ce qui concerne l'action en nullité ou en rescision à laquelle est soumis le premier engagement.

Alors donc qu'après avoir ainsi transmis à un tiers des droits

qui lui sont légalement acquis, je confirme ou ratifie la première obligation, je ne puis lui donner plus de force qu'il ne m'appartient de lui en attribuer, au préjudice des droits que j'ai déjà transférés à ce tiers. Autrement, il dépendrait de moi-même de restreindre ou d'anéantir, par mon propre fait, les effets de l'obligation que j'ai contractée envers lui. Je suis exactement dans la même situation que celui qui, après avoir transféré des droits à une personne, voudrait transmettre à un autre tout ou partie des mêmes droits. Car, dans notre hypothèse, confirmer une obligation antérieure nulle ou rescindable, c'est assurer au créancier prétendu des droits qu'il n'avait pas auparavant, et, conséquemment, lui en transmettre. Or, cette confirmation, si elle était opposable au tiers qui a acquis des droits sur la même chose, dans le temps intermédiaire, aurait pour effet de dépouiller ce tiers du droit d'exercer l'action en rescision ou en nullité qui lui a été virtuellement cédée, au moins jusqu'à concurrence des droits qui lui ont été transmis par le second contrat.

C'est ce que la Cour de cassation a parfaitement bien dit dans son arrêt du 16 janvier 1837 (1) : « A la vérité, dit-elle, le mineur peut, après sa majorité, ratifier la vente qu'il a consentie en minorité, et la ratification a pour effet d'effacer le vice de la vente et de consolider la propriété vendue entre les mains de l'acquéreur. Mais l'article 1338, qui proclame ces principes, déclare en même temps que la ratification ne peut nuire aux droits des tiers. Celui qui a acheté du mineur devenu majeur, et avant la ratification d'une première vente nulle pour cause de minorité de son vendeur, a acquis un droit de propriété qu'il peut personnellement faire valoir, parce que, relativement à ce droit, il ne s'identifie pas à son vendeur, mais est un tiers au préjudice duquel celui-ci n'a pu faire aucun acte ni consentir aucune ratification. »

Ce point est surtout d'une vérité plus manifeste lorsque les

(1) SIREY, 37, 1, 102.

droits qu'on prétend exercer concurremment, s'excluent l'un l'autre et sont incompatibles, comme lorsqu'il s'agit de droits de propriété, d'usufruit ou de servitude. Mais en matière d'hypothèques, le même principe, pour être d'une vérité moins flagrante, ne nous paraît pas moins incontestable. Nous en avons déjà dit quelque chose quand nous avons repoussé plus haut une distinction que nous avons qualifiée d'arbitraire et d'inconséquente. Nous n'avons à ajouter que peu de mots.

On dit que le débiteur peut constituer successivement sur la même chose autant d'hypothèques qu'il lui plaît, au profit de différents créanciers; que, conséquemment, il peut valablement, ratifier, au préjudice des créanciers postérieurs, l'hypothèque consentie précédemment en vertu d'un acte nul ou rescindable. Ici revient encore la question de savoir si le débiteur peut, après avoir transmis des droits à un tiers, conférer à un autre plus de droits qu'il n'en a lui-même. Or, en consentant, dans le temps intermédiaire, une hypothèque à un tiers, il lui transmet sur la chose des droits tout aussi réels, quoique d'une autre nature, que s'il consentait une vente de la même chose en sa faveur. Le créancier a intérêt à assurer l'efficacité de son titre hypothécaire, de même que l'acquéreur l'entière exécution de son achat. Il s'est donc fait virtuellement céder par son débiteur, comme l'acquéreur par son vendeur, l'action en nullité ou en rescision qui lui compétait contre des engagements antérieurs, dont l'exécution et le maintien auraient pour effet de réduire ou de modifier d'une manière préjudiciable les droits qui lui ont été transmis. Le créancier peut en conséquence, et nonobstant toute renonciation ultérieure de son débiteur, exercer, à l'encontre du créancier qui prétend avoir une hypothèque préférable à la sienne, l'action en rescision ou en nullité qui lui a été virtuellement et implicitement cédée, comme étant comprise dans les droits qui lui ont été transmis.

On objecte enfin (1) qu'il est trop absurde de dire, par exem-

(1) TROPLONG, *Hyp.*, n° 494. — MERLIN, Quest., v° *Hyp.*, § 4. n° 7.

ble, que le mineur devenu majeur ne peut, par son fait, priver ses créanciers du droit d'exercer à sa place l'action en nullité; qu'il résulterait de ce système qu'un débiteur ne pourrait jamais user de ses droits, sans consulter la masse de ses créanciers; que ceux-ci n'ont plus la faculté d'exercer les droits de leur débiteur, lorsque ces droits ont cessé d'exister en sa personne et par son fait.

Cette objection serait fondée si les tiers qui ont acquis des droits, dans le temps intermédiaire, en étaient réduits à agir en vertu de l'article 1166, comme exerçant les droits de leur débiteur, en son nom, en son lieu et place. Mais là est précisément l'erreur. Ils exercent, en effet, en leur nom propre et personnel, l'action en rescision ou en nullité comme leur ayant été cédée par leur débiteur. N'est-il pas juste, dès lors, que ce dernier ne puisse leur enlever, par son propre fait, la faculté de l'exercer, ni consentir, dans la mesure de la cession qui en a été faite en leur faveur, aucune renonciation au préjudice de leurs droits? Telle est la première et immédiate conséquence des engagements qu'il a contractés envers eux; la seconde conséquence est que ces créanciers qui ont acquis des droits après l'acte confirmé ou ratifié, mais avant sa confirmation ou ratification, peuvent, dans leurs rapports avec ceux qui prétendent les primer ou les exclure, faire valoir contre les prétentions de ces derniers tous moyens et exceptions capables d'assurer le maintien et l'efficacité des droits qui leur ont été transférés.

59. Du reste, les tiers, comme cessionnaires de l'action en nullité ou en rescision, doivent l'exercer dans le temps où leur auteur aurait dû l'exercer lui-même, conformément aux dispositions générales de l'article 1304, ou autres dispositions particulières qui la soumettent à une prescription plus longue ou abrégée.

Mais, comme la confirmation ou ratification émanée du débiteur ne peut leur être opposée; qu'à leur égard elle est répu-

tée non avenue, et que la partie qui se prévaut contre eux du premier engagement qui est nul ou rescindable n'a à invoquer vis-à-vis d'eux que le moyen de la prescription, indépendamment de tout acte de confirmation ou ratification, lequel leur est étranger, ils peuvent opposer eux-mêmes toutes suspensions ou interruptions de la prescription, de leur chef personnel, bien que, du chef de leur débiteur, elles ne puissent pas être proposées.

60. Quant à la ratification donnée dans les termes de l'article 1998, elle a, comme la confirmation dont nous venons de parler, des effets rétroactifs. *Dicendum est, hoc ipso quod ratum habet, voluisse eum retrocurrere ratihabitionem ad illud tempus quo convenit* (1); il faut reconnaître que, par cela même qu'on ratifie, on a l'intention de faire rétroagir la ratification au temps du contrat. Elle équivaut, en effet, à un mandat; *rati enim habitio mandato æquiparatur* (2).

Mais cette rétroactivité n'a lieu qu'entre les parties. Elle ne peut préjudicier aux droits des tiers. Ainsi, ne leur est point opposable la ratification donnée par le véritable propriétaire à l'hypothèque ou à la vente consentie par un tiers étranger sans qualité ni mandat. Il ne peut, en les ratifiant, leur donner un effet rétroactif au préjudice des droits qu'il aurait transmis à des tiers avant sa ratification (3). C'est en ce sens qu'il faut entendre la fameuse maxime de Barthole (4); *Actus medius interveniens impedit ratihabitionem trahi retro in præjudicium tertii cui jus intermedio tempore quæsitum fuit;* tout acte qui intervient ultérieurement empêche la ratification de produire un effet rétroactif au préjudice du tiers qui a acquis des droits durant le temps intermédiaire.

(1) L. 16, *ff. De pignor. et hyp.* — Voy. Cass., 13 déc. 1875. Sirey, 76, 1, 273.

(2) L. 12, § 4, *ff. De solut.*

(3) Troplong, *Hyp.*, n° 496; *Mandat*, n° 620. — Duranton, t. 13, n° 286. — Cass., 2 et 3 août 1859. Sirey, 59, 1, 801.

(4) *In leg.*, 16. *Si indeb.*, § 1. *Si procur., ff. Rem ratam haberi.*

Posons l'espèce suivante : Un tiers agissant tant en son
om personnel qu'au nom d'un mineur pour lequel il se porte
ort, concède une hypothèque sur leurs immeubles pour une
ette commune. Le créancier prend inscription, et cette ins-
ription, comme cela devait être, en même temps qu'elle
nonce l'acte constitutif d'hypothèque, rappelle la promesse
e ratification du chef du mineur, de telle sorte qu'elle
atisfait pleinement aux prescriptions de l'article 2148,
. civ., notamment en ce qui concerne le titre, les personnes
t les biens grevés d'hypothèques. Peu de temps après, le
nineur ratifie. Postérieurement, d'autres créanciers inscrivent
ur ses biens leurs hypothèques conventionnelles ou judi-
iaires. Quels sont les créanciers préférables? La Cour
le cassation a décidé avec raison (1) que c'était le premier
réancier, parce qu'au moyen de la ratification ultérieure,
on hypothèque se trouvait régulièrement constituée, avec
effet rétroactif à l'égard des autres créanciers qui n'avaient
acquis de droits qu'à une date postérieure, et nous ajoutons,
en pleine connaissance de cause, puisque l'inscription les
avertissait de la promesse ou tout au moins de la possibilité
d'une ratification qui, pour produire effet, n'entraîne pas la
nécessité de reprendre une inscription nouvelle.

Mais remarquons bien que nous avons supposé jusque-là
un tiers contractant comme porte-fort, comme gérant, en
dehors de tout mandat ou au delà de son mandat, au nom
d'une personne qui figure en nom dans l'acte. Si, au con-
traire, il n'avait traité, par exemple, concédé hypothèque
que sous son nom personnel sur des biens ne lui appartenant
pas, la ratification postérieure du vrai propriétaire ne suffirait
pas pour valider l'hypothèque et l'inscription à l'égard du
tiers. Une nouvelle inscription devrait être prise en vertu de
l'acte de ratification et elle ne produirait effet qu'à sa date.
C'est que, dans ce cas, la première inscription, non-seulement

(1) 13 déc. 1875. Sirey, 76, 1, 273.

a été prise en vertu d'un titre inefficace, mais encore elle ne faisait pas connaître la personne grevée de l'hypothèque, c'est-à-dire le ratifiant. Aussi, la question actuelle doit-elle se décider, moins par l'effet rétroactif de la confirmation que par le principe de la publicité des hypothèques. Car la loi n'exige nulle part la publicité des actes de confirmation, alors du moins que les actes auxquels ils se lient ont reçu déjà une publicité suffisante pour avertir les tiers.

La loi du 23 mars 1855 sur la transcription, nécessite, de notre part, une observation importante. D'une part, la ratification ou confirmation de l'acte n'aura d'effet rétroactif, à l'égard de la partie qui s'en prévaut, que tout autant que cette rétroactivité s'appuiera elle-même sur l'accomplissement de la formalité de la transcription, dans les cas où elle est exigée pour que l'acte ratifié soit opposable aux tiers. D'autre part, si la ratification ou confirmation ne doit avoir lieu que sans préjudice du droit des tiers, il faut toujours supposer que ces tiers ont eux-mêmes déjà régulièrement acquis ou conservé leurs droits, par la transcription ou l'accomplissement des formalités auxquelles leur acte était assujetti (1).

Mais, à la différence des actes ordinaires de confirmation, l'acte de ratification que nous supposons ici donnée aux engagements pris par un gérant officieux, agissant sans mandat ou en dehors de son mandat, cet acte, a-t-on prétendu, doit être lui-même transcrit, indépendamment de la transcription qu'auraient pu recevoir les contrats ratifiés. C'est que, en effet, la ratification seule complète et purifie ces contrats. Jusque-là, le tiers n'a pas contracté, ne s'est pas engagé. Par la ratification qu'il donne, il aliène, en réalité, et, bien qu'elle produise des effets rétroactifs, elle n'en est pas moins, de sa part, le premier acte qui le dépouille, en consacrant un état de choses auquel, jusque-là, il était resté étranger. Il importe donc, dans l'intérêt des tiers, de fixer par la publicité de la trans-

(1) Troplong, *Transcript.*, nos 55, 174.

iption le moment où, après avoir ratifié, il cesse de pouvoir sposer de sa chose (1).

Il s'ensuit que les faits de ratification tacite ne sont pas pposables aux tiers, puisqu'ils ne sont pas des actes susceptiles de transcription.

Cette opinion ne saurait être admise, du moins sans istinction et dans les termes généraux et absolus où elle est roposée. En effet, si la loi du 23 mars 1855 a modifié dans ur application les règles du droit civil concernant la ratifiation, ce ne peut être que dans leurs rapports avec la publiité spéciale qu'elle organise. Elle ne touche donc pas aux ispositions des articles 1338 et 1998 du Code civil, et, par là nême reconnaît le principe sur lequel se fonde la rétroactiité de la ratification. C'est que celui qui ratifie est censé 'approprier l'acte auquel il adhère, comme s'il y avait été éellement partie. La ratification ne fait qu'exprimer cette olonté, sans créer un nouveau contrat. Le contrat préexisant avec lequel elle s'identifie est le seul qui existe et soit ensé avoir toujours existé.

Aussi, la loi de 1855 n'exige-t-elle par aucune disposition a publicité des actes de ratification, soit par la transcription oit par tout autre moyen. Ce n'est pas que ce défaut de ublicité n'expose les tiers à des surprises et à des fraudes. Mais il leur appartient d'aviser à la sauvegarde de leurs ntérêts. L'acte ratifié, tel que nous le supposons, a été passé, u nom du ratifiant, par un porte-fort, un gérant officieux, n mandataire excédant son mandat. La transcription qui le orte à la connaissance des tiers, les avertit en même temps u'il est susceptible de ratification de la part de celui sous le om duquel il a été passé et transcrit; et, de son côté, la loi es prévient que cette ratification, si elle intervient, rétroagira.

Le seul cas où les raisons invoquées dans un sens contraire puissent s'appliquer, c'est celui où un tiers aliène sous son

(1) Troplong, *Transcript.*, nos 129 et 130.

nom la chose d'autrui. La ratification du véritable propriétai consolidera bien la vente; mais comme la transcription l'acte ratifié a laissé les tiers dans une complète ignoran quant à la personne et la chose, l'acte de ratification dev être transcrit pour leur être opposable. De sa transcripti seule datera pour eux la transmission de la propriété. Mai nous le répétons, ce résultat tient seulement à l'absence toute publicité régulière et au mensonge de la transcriptio

61. Il est une sorte de confirmation ou ratification do nous avons parlé sous l'article 1291 (1), dans ses rappor avec la compensation; c'est celle qui résulte du concour dans les mêmes mains, de droits et d'obligations contradi toires, et dont la formule se trouve dans cette maxime : *Que de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio*, q nous traduisons ainsi : Qui doit garantir ne peut évincer.

Elle suppose une personne contractant sur la chose d'a trui, et, plus tard, le véritable propriétaire transmettant s droits au promettant, ou ce dernier transmettant ses oblig tions au véritable propriétaire. L'acceptation de ces droits o obligations équipolle à une ratification expresse. Il est inco testable, en effet, que le véritable propriétaire peut ratifie par exemple, la vente de sa propriété. En succédant d'un façon quelconque aux obligations du vendeur, comme cet transmission suppose son acceptation, il se met dans l'impos sibilité de revendiquer comme propriétaire, ce qu'il doi garantir comme vendeur. De même, quand le vendeur succèd aux droits du propriétaire véritable, soit par adition d'hérédité soit par acquisition subséquente, la nullité de la vente es purgée d'elle-même. Telle est la conséquence de l'impossibilit où il est de faire valoir ses droits de propriétaire, en contra diction avec ses obligations de vendeur. Voilà en quoi consist cette espèce de confirmation ou ratification.

(1) Nos 30 et suiv.

Au lieu d'une vente, nous pouvons supposer la concession une hypothèque, d'un usufruit, d'un bail, d'une servitude ou tout autre droit réel.

Comme la confirmation ou ratification proprement dite, cette pèce de confirmation a un effet rétroactif; et cette rétroacvité a lieu envers les tiers auxquels ont été transmis les droits ui, plus tard, ont été consolidés, du jour même où le proettant est devenu propriétaire de la chose. L'inefficacité de acte ayant été purgée dès cet instant, celui-ci n'a pu transrer ultérieurement à d'autres des droits au préjudice de ceux itérieurement acquis. Ainsi, le premier acquéreur, preneur u créancier hypothécaire est préféré aux derniers en date, arce qu'il n'a pu leur être transféré alors plus de droits que en avait le promettant (1).

Mais cette confirmation n'a d'effet rétroactif qu'entre les arties, leurs héritiers, successeurs ou ayants-cause. Les tiers uxquels le véritable propriétaire aura transmis des droits ans le temps intermédiaire, n'auront, en conséquence à soufir aucune éviction, aucune préférence de la part de ceux qui, ntérieurement à eux, mais avant la confirmation, ont stipulé u non propriétaire.

Par exemple, Paul est acquéreur, preneur, créancier hypoiécaire du propriétaire véritable, mais à une date postérieure celle où Titius a acquis d'un non propriétaire des droits sur même chose. Il n'aura pas à en redouter la concurrence, si non propriétaire duquel Titius tient ses droits, n'a acquis ue plus tard la propriété. Paul est, en effet, un tiers auquel confirmation des droits de Titius ne peut préjudicier, soit ue le véritable propriétaire ratifie, par ce qu'alors il ne peut venir contre ses propres engagements, soit que le contrat consolide par l'exception de garantie, parce que le non pro-

(1) MERLIN, Quest., v° *Hyp.*, § 4 *bis*, n° 6. — TROPLONG, *Hyp.*, 525.

priétaire, dont Paul n'est point l'ayant-cause, ne peut l'oblige par ses faits personnels (1).

Article 1339.

Le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif le vices d'une donation entre vifs; nulle en la forme, il fau qu'elle soit refaite en la forme légale.

Article 1340.

La confirmation, ou ratification, ou exécution volontair d'une donation par les héritiers ou ayants-cause du donateur après son décès, emporte leur renonciation à opposer, soi les vices de forme soit toute autre exception.

Sommaire.

1. Il ne s'agit ici que des vices de forme.
2. L'article 1339 s'applique à la confirmation expresse ou tacite.
3. Ce que c'est que refaire la donation en la forme légale.
4. L'article ne s'applique qu'aux actes de donation.
5. Des actes d'exécution constituant un don manuel.
6. Leurs effets. Conséquences.
7. Des actes emportant novation.
8. Confirmation par disposition testamentaire.
9. Observation générale. Il n'y a point alors d'effet rétroactif.
10. Des vices autres que les vices de forme.
11. L'article 1339 ne s'applique qu'aux contrats de donation.
12. Le donataire peut confirmer la donation.
13. Les héritiers et ayants-cause du donateur ne le peuvent qu'après son décès.
14. Sens des mots, héritiers et ayants-cause.
15. La confirmation qui émane d'eux est soumise aux règles ordinaires.
16. Ils peuvent confirmer tous vices, même autres que ceux de forme. Exemples.
17. Confirmation et ratification des substitutions prohibées.

(1) Troplong, *Hyp.*, n° 526.

18. Des dispositions testamentaires nulles, réductibles ou révocables. Exemples.
19. Alors elle a besoin d'être acceptée.
20. Elle n'oblige que celui de qui elle émane.
21. Les actes de confirmation ne sont point des libéralités.

COMMENTAIRE.

1. Par exception aux dispositions de l'article 1338, l'article 1339 dispose que le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre vifs.

Mais de quels vices s'agit-il? Les dispositions suivantes du même article le font suffisamment comprendre : « Nulle en la forme, il faut qu'elle (la donation) soit refaite en la forme légale. » L'exception ne s'applique donc qu'aux vices de forme. Ils sont les seuls qui ne peuvent être réparés par aucun acte confirmatif; et il est indifférent qu'il s'agisse de vices résultant de l'inobservation des formes spécialement tracées par le Code civil pour la validité des donations, ou de l'accomplissement des formes généralement prescrites par la loi du 25 ventôse an XI pour la régularité des actes notariés (1).

La faculté de donner, comme celle de tester, est, en effet, subordonnée dans son exercice à l'observation des formalités que la loi impose. La forme est ainsi de l'essence même de la donation, et les lois en soutiennent les dispositions, non par la seule force de la volonté du donateur, de quelque manière qu'elle soit établie, mais par la constatation qui en est régulièrement faite suivant les solennités qu'elles prescrivent.

L'exception ne s'applique point, en conséquence, aux autres vices qui ne constituent point des vices de forme. S'agit-il, par exemple, de vices de capacité ou de consentement, on rentre pleinement sous l'application de l'article 1338, et le vice de la donation peut être réparé, comme s'il s'agissait de tout autre acte, par une confirmation expresse ou tacite (2).

2. L'article 1339 ne prohibe pas seulement tout acte de con-

(1) ZACHARIÆ, t. 2, p. 453, nte 9, 1re édit., et t. 4, p. 264, 4e édit.
(2) ZACHARIÆ, *ibid.* — DURANTON, t. 13, no 294.

firmation expresse; il déclare également impossible toute confirmation tacite. Ces expressions, acte confirmatif, sont, en effet générales; et, en exigeant que la donation soit refaite en la forme légale, il indique très clairement qu'aucune espèce de confirmation ne peut lui communiquer une valeur qu'elle n'a pas. Toute espèce de doute disparaît enfin si l'on rapproche l'article 1339 de l'article 1340, qui, en posant une exception au premier, parle expressément de confirmation, ratification ou exécution volontaire (1). Ainsi, le donateur n'est pas lié par de semblables actes, et ses héritiers, en cette qualité, ne le sont pas plus que lui.

3. Refaire la donation dans la forme légale, c'est en refaire l'acte, le premier étant nul et non avenu, conformément aux dispositions des articles 931 et suivants du Code civil, combinées avec celles de la loi du 25 ventôse an XI, et de la loi du 21 juin 1843.

4. Notre article n'est applicable qu'aux actes de donation proprement dits. Il cesse de l'être lorsque l'acte, quoique contenant une libéralité, n'est cependant soumis à aucune des formes exigées pour la validité d'une donation. Il peut alors être valablement confirmé par le prétendu donateur. L'efficacité de la confirmation, dans ce cas, résulte des raisons mêmes qui ont fait édicter l'article 1339. Si, en effet, le donateur ne peut confirmer sa donation nulle en la forme, c'est que la loi la soumet, à peine de nullité, à certaines conditions de forme particulières. Or, si ces formes n'ont pas été observées, le vice qui en résulte ne saurait être réparé par une confirmation dans laquelle il se continue, soit qu'elle soit expresse ou tacite. Le vice n'est donc purgé et couvert que lorsque l'acte

(1) DURANTON, t. 8, n° 389, et t. 13, n° 292. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 453, n^te 10. — MERLIN, Rép., v° *Testament*, sect. 2, § 5. — TROPLONG, *Donat.*, n° 1064. — Cass., 6 juin 1821. SIREY, 23, 1, 41. — Bourges, 30 août 1831. SIREY, 32, 2, 111. — *Contrà*, TOULLIER, t. 5, n° 189, et t. 8, n° 526.

e confirmation a été fait lui-même conformément aux condi-
ons de forme prescrites pour les donations, c'est-à-dire, en
ialité, lorsque la donation a été refaite en la forme légale.
lors, au contraire, que l'acte de libéralité est valable sans les
rmes spécialement exigées pour les donations proprement
ites, les actes de confirmation expresse ou tacite, faits dans
forme ordinaire, suffisent pour en couvrir les vices et en
ssurer la validité.

5. S'agissant même d'une donation proprement dite, les
ctes d'exécution peuvent produire effet, lorsque la validité de
donation n'est point subordonnée aux formes spécialement
rescrites pour les donations (1). Ainsi, lorsque la donation
omprend des meubles corporels susceptibles de faire la
atière d'un don manuel, l'exécution volontaire de cet acte,
e la part du donateur, peut en réparer les vices de forme ou
utres indistinctement. Mais ce point mérite explication.

Remarquons d'abord que nous ne parlons que de la confir-
ation tacite; car une confirmation expresse serait impuis-
nte pour couvrir les vices de forme, et n'empêcherait pas
u'il n'y eût nécessité de refaire, d'après l'article 1339, la
onation en la forme légale. Quant à l'exécution volontaire, à
rai dire, elle ne couvre point les vices de forme; et, si la
onation vaut, c'est moins parce que les vices ont été réparés,
ue parce que les actes d'exécution valent donation manuelle,
refont ainsi la donation sous une forme différente, mais
gale. Il faudra donc que ces actes d'exécution volontaire
éunissent tous les caractères voulus pour constituer un don
anuel proprement dit, puisqu'ils ne produisent effet qu'à ce
tre. Ils doivent, en un mot, être accomplis, de la part du
onateur, avec esprit de libéralité, *animo donandi*; ce que

(1) DURANTON, t. 8, nos 390 et suiv., et t. 13, no 293. — ZACHARIÆ,
2, p. 454, nte 11, 1re édit., et t. 4, p. 264, 4e édit. — DELVINCOURT,
2, p. 255.

les juges sont appelés à apprécier d'après les circonstan ces (1).

6. Mais, de ce que les actes d'exécution ne valent que comm don manuel, il s'ensuit qu'ils ne produisent effet que jusqu' concurrence des choses qui ont fait le sujet de cette exécutio volontaire. Le donataire peut bien s'en autoriser pour garde et retenir les choses qui lui ont été remises et livrées, comm lui ayant été données manuellement ; mais il ne peut s'en pré valoir pour exiger le payement ou la délivrance des autre objets compris dans la donation. Telle est la conséquence d la combinaison de ce double principe : d'une part, que l'exé cution volontaire ne répare pas les vices de forme d'une dona tion, et, d'autre part, qu'elle peut valoir néanmoins comme don manuel (2).

Sous ce rapport, la confirmation tacite a plus d'efficacité que la confirmation expresse non suivie d'exécution.

7. Cependant, la confirmation expresse peut avoir elle-même une valeur dont l'autre n'est point susceptible. C'est ce qui a lieu lorsque, sous forme d'une confirmation ou ratification d'une donation antérieure, le donateur et le donataire substituent à cet acte un autre acte qui la transforme par voie de novation, et la déguise sous les apparences d'une convention, dont la validité est indépendante des formes particulières aux donations proprement dites. La donation vaut alors sous ce déguisement et cette transformation. Mais observons encore que, dans ce cas, il n'y a pas en réalité confirmation, réparation du vice, mais renouvellement de la donation en un acte différent et parfaitement légal. Aussi, cet acte ne vaut-il que pour les choses qui en ont fait le sujet, tandis que, s'il produisait confirmation, ce serait la donation qui vaudrait pour tout son contenu. Ces observations ne font que consacrer de plus en plus l'application rigoureuse de l'article 1339.

(1) Voy. Pau, 5 février 1866. SIREY, 66, 2, 194.
(2) DURANTON, *ibid.*

8. Non-seulement le donateur peut assurer l'efficacité de sa donation par un acte entre vifs emportant novation (1), mais il peut aussi, par voie de dispositions testamentaires, lui attribuer le caractère et les effets d'un simple legs. Ce droit ne saurait être contesté. Mais alors ce n'est pas la donation qui vaut comme telle; le legs seul produit effet, comme disposition de volonté dernière.

9. Nous devons clore les explications qui précèdent par une observation générale. Dans les divers cas où la donation, nulle pour vice de forme, reçoit néanmoins une exécution totale ou partielle, soit comme don manuel, soit par suite d'une novation, ou de transformation en un autre acte, cette exécution ne peut se rattacher à aucune confirmation proprement dite, et, dès lors, il ne peut être question, même entre les parties, des effets rétroactifs d'une prétendue confirmation qui n'existe pas.

10. Quant aux autres vices qui soumettent une donation à une action en nullité ou en rescision, nous avons vu que, à la différence des vices de forme, ils peuvent être réparés par le donateur, au moyen d'une confirmation expresse ou tacite. Nous ajoutons ici seulement que cette confirmation, quelle qu'elle soit, doit avoir lieu, pour être valable, conformément aux règles générales posées par l'article 1338, et qu'elle produit des effets rétroactifs, sans préjudice néanmoins du droit des tiers.

11. Les dispositions de l'article 1339 sont spéciales aux contrats de donation. Elles ont un caractère exceptionnel qui ne permet pas de les étendre aux autres contrats, pour la validité desquels la loi exige l'accomplissement de certaines formes particulières. Quant à eux, les vices de forme qui les entachent sont susceptibles de confirmation expresse ou tacite, suivant les principes du droit commun (2).

(1) Cass., 23 mai 1822. SIREY, 23, 1, 255.
(2) DURANTON, t. 13, n° 272. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 454, n^te 12, 1re édit., et t. 4, p. 264, n^te 13, 4e édit.

12. Les dispositions de l'article 1339 sont enfin doublement exceptionnelles en ce qui concerne la personne du donateur. Ainsi, d'abord, il est le seul qui ne puisse réparer par aucun acte confirmatif les vices de forme de sa donation. Le donataire peut, au contraire, valablement la confirmer expressément ou tacitement, comme s'il s'agissait d'un contrat ordinaire. En exécutant volontairement les charges de la donation, il se rend donc non recevable à l'attaquer personnellement plus tard, soit pour vice de forme, soit pour tout autre vice. Cette inégalité de position, entre le donateur et le donataire, résulte du silence que l'article 1339 garde à l'égard de ce dernier. Et, si l'on veut l'explication de ce silence, il est facile de la trouver dans le caractère spécial des obligations gratuites que contracte le donateur. Comme la loi a stipulé, dans son intérêt personnel exclusivement, la protection qu'elle fait résulter pour lui de l'observation de toutes les formes prescrites pour la validité des donations, elle serait inconséquente si elle l'en dépouillait elle-même, en lui permettant d'éluder ces formes protectrices.

13. L'article 1339 est encore exceptionnel quant à la personne du donateur, en ce qu'il ne s'applique qu'à lui, et non à ses héritiers. L'article 1340 est, en effet, ainsi conçu : « La confirmation, ou ratification, ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers ou ayants-cause du donateur, après son décès, emporte leur renonciation à opposer, soit les vices de forme, soit toute autre exception. » Et cette disposition peut s'expliquer, au besoin, par cette considération, que lorsqu'ils confirment, ratifient ou exécutent volontairement une pareille donation, après le décès du donateur, ils ne le font que par respect pour sa mémoire et pour sa volonté, quoique illégalement exprimée.

Mais ces actes de confirmation doivent nécessairement, pour être valables, avoir lieu après la mort du donateur. Vainement ses héritiers essayeraient-ils de confirmer la donation

pendant sa vie. Cette confirmation anticipée serait nulle, comme contenant un traité ou pacte sur succession future, alors même qu'elle aurait été donnée avec le consentement du donateur (1). Elle aurait elle-même besoin d'être confirmée ou ratifiée après sa mort.

14. Ces mots, héritiers et ayants-cause, comprennent tous successeurs quelconques, à titre général ou singulier, tels que les héritiers proprement dits, les successeurs à titre régulier ou irrégulier, universel ou particulier, légataires et autres successeurs, par actes de dispositions testamentaires, représentant le donateur. Quant à ces héritiers et ayants-cause, quelque soit l'acte confirmatif émané d'eux en cette qualité, du vivant du donateur, il ne peut leur être jamais opposé. Il serait autrement un moyen détourné d'éluder l'article 1130.

Mais cette expression d'ayants-cause ne saurait s'appliquer aux successeurs particuliers, par actes entre vifs, tels qu'un acquéreur, un échangiste, un donataire de biens présents. S'ils confirment ou ratifient, d'une manière expresse ou tacite, du vivant même du donateur, la donation consentie par ce dernier et entachée d'un vice de forme, cet acte de confirmation leur est opposable et emporte renonciation, de leur part, à l'action en nullité. Il ne s'agit plus, en effet, dans ce cas, de la confirmation ou ratification dont s'occupe l'article 1338, mais bien de la ratification prévue par l'article 1998, de celle qui est donnée par une personne aux actes qui ont été faits par un tiers sans mandat ni pouvoir. Or, rien n'empêche les tiers qui ont des droits acquis sur la chose qui fait le sujet d'une donation nulle en la forme, de ratifier cette donation, conformément aux dispositions de l'article 1998, comme fait

(1) Toullier, t. 8, n° 526. — Duranton, t. 13, n° 291. — Zachariæ, t. 2, p. 454, n^te 13, 1re édit., et t. 4, p. 265, n^te 11, 4e édit. — Favard, Rép., v^is *Acte récogn. et confir.*, § 2, n° 7. — Cass., 6 janv. 1838. Sirey, 38, 1, 646. — 31 janv. 1844. Sirey, 44, 1, 368, — 5 janvier 1846. Sirey, 46, 1, 122.

le véritable propriétaire pour les actes qui ont été consentis sur sa propre chose par un tiers qui n'avait ni propriété ni mandat.

Ajoutons que, si les dispositions de l'article 1340 se rattachent à la nullité des traités faits sur une succession future, cette considération échappe complètement dans notre hypothèse. Nouvelle preuve que cet article doit rester sans application, par exemple, dans le cas où, étant acquéreur ou donataire de la chose qui fait le sujet de la donation nulle en la forme, je ratifie ou confirme, par un acte exprès ou par une exécution volontaire, cette même donation, à la nullité de laquelle est, néanmoins, subordonnée l'efficacité des droits qui m'ont été transmis à une date, soit antérieure, soit postérieure. Le donataire, si je prétendais attaquer son titre, pourrait m'opposer ma ratification.

15. Les actes de confirmation expresse ou tacite, émanés des héritiers ou ayants-cause du donateur, sont, au surplus, soumis aux règles générales déterminées par l'article 1338, et produisent les mêmes effets que ceux qui s'appliquent à des contrats autres que des actes de donation.

Ils doivent donc avoir lieu en connaissance du vice de forme (1), et avec l'intention de le réparer.

Ils emportent enfin, lorsqu'ils sont valables et réguliers, renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre l'acte, sans préjudice, toutefois, du droit des tiers.

Quant aux faits d'exécution volontaire qui peuvent établir une confirmation de l'acte, il ne faut point considérer comme légalement suffisants la seule connaissance de la donation et le silence des parties intéressées, indépendamment de tous actes formels et positifs d'exécution volontaire (2), ni même

(1) Cass., 31 janv. 1844. Sirey, 44, 1, 368. — 29 juillet 1856. Sirey, 57, 1, 824. — Pau, 5 février 1866. Sirey, 66, 2, 194. — Toulouse, 1er avril 1868. Sirey, 68, 2, 205,

(2) Cass., 12 juin 1839. Sirey, 39, 1, 659.

a possession continuée par chacun des copartageants du lot qui lui est échu dans un partage entre vifs, fait par acte sous seing-privé et nul à ce titre, à moins que cette possession n'ait duré, après le décès du donateur, le temps nécessaire pour accomplir la prescription de trente ans (1), ou que les autres faits et circonstances de la cause n'établissent que, de la part des héritiers du donateur, il y a eu intention formelle d'exécuter et de purifier par là l'acte de donation et de partage.

16. En reconnaissant aux héritiers et ayants-cause du donateur la faculté de confirmer expressément ou tacitement une donation, l'article 1340 suppose que le vice de forme ou autre qui l'infecte, est de nature à ouvrir une action en nullité en faveur du donateur lui-même. C'est là sans doute la première hypothèse prévue par notre article; car elle se rattache aux dispositions de l'article 1339. Mais elle n'est point la seule, et les termes généraux dans lesquels est conçu l'article 1340 lui donnent une portée plus étendue.

Les héritiers et ayants-cause du donateur peuvent réparer non-seulement les vices de forme et autres, quels qu'ils soient, même le défaut ou irrégularité d'acceptation (2), qui ouvraient une action en nullité en faveur de leur auteur, mais encore ceux qui les autorisent à attaquer la donation de leur chef personnel. Tel est le sens de ses dispositions, quand il déclare que la confirmation expresse ou tacite emporte, de leur part, renonciation à opposer, soit les vices de forme, soit toute autre exception. S'agissant, en effet, de renonciation, il n'y a pas à distinguer entre les droits qu'ils tiennent de leur auteur et ceux qui leur appartiennent de leur chef. Leur renonciation n'en est pas moins, dans un cas comme dans l'autre, l'exercice d'une simple faculté qui est indépendante, dans son usage,

(1) Cass., 5 janv. 1846. Sirey, 46, 1, 122.

(2) Bastia, 10 avril 1854. Sirey, 54, 2, 236. — Voy. encore Toulouse, 27 avril 1861. Sirey, 61, 2, 393. — Cass., 5 mai 1862. Sirey, 62, 1, 561. — 29 nov. 1862. Sirey, 63, 1, 15.

de la nature des vices qu'elle a pour objet de couvrir ou d
réparer.

Les héritiers et ayants-cause du donateur peuvent don valablement réparer, par une confirmation expresse ou tacite les vices d'une donation, tels que ceux de consentement, d capacité ou de forme, soit que le donateur ait pu lui-mêm ou non les purger et les couvrir. Ils peuvent en outre égale ment, et par les mêmes moyens, réparer les autres vices d l'acte que le donateur n'aurait pu couvrir à leur préjudice Tels sont ceux qui résultent de l'incapacité du donataire, de l'excès de la quotité disponible, de l'irrégularité d'un acte d'association (854) (1), ou de l'injuste répartition des biens entre les héritiers copartagés. Les héritiers du donateur peu-vent seuls confirmer, dans ce cas, la donation, et ils en ont la facuté incontestable, en se conformant aux règles générales de l'article 1338.

Ainsi encore, les donations révoquées de plein droit par la survenance d'un enfant, ne peuvent revivre ou avoir de nou-veau leur effet, ni par la mort de l'enfant du donateur, ni par aucun acte confirmatif ; et si le donateur veut donner les mêmes biens au même donataire, soit avant, soit après la mort de l'enfant par la naissance duquel la donation avait été révo-quée, il ne le pourra faire que par une nouvelle disposition (964). Mais rien ne s'oppose à ce que les héritiers confirment cette donation, après la mort du donateur, soit par un acte exprès de confirmation, soit par une exécution volontaire.

17. La nullité des substitutions prohibées a été déclarée dans un intérêt public ; rien ne s'oppose cependant à ce que les parties intéressées y renoncent, par suite d'une confirmation formelle ou d'une exécution volontaire, après la mort du dona-teur, par respect pour sa mémoire et sa volonté. Mais il faut remarquer que cette renonciation à opposer la nullité de la

(1) Cass., 6 juillet 1869. Sirey, 69, 1, 459.

isposition ne va pas jusqu'à lui faire produire tous ses effets, omme si elle avait été valable et régulière dès le principe. Le remier appelé conservera les biens donnés, voilà tout. Mais, omme grevé, il ne sera point tenu de les conserver et de les endre au substitué. Comme le vice de la disposition est préisément dans cette obligation de conserver et de rendre, l'intérêt public s'oppose à ce que, sous ce rapport, la confirmation roduise son entier effet. La donation ne vaut donc, en faveur lu donataire, que comme libéralité pure et simple, sans charge le conserver et de rendre.

Ce n'est pas que le donataire ne puisse restituer, en se conidérant comme grevé et par respect pour la volonté de son uteur, les biens au substitué qui a été appelé à les recueillir. Mais cette restitution, quand elle a lieu, n'est point elle-même a confirmation de la substitution prohibée. Elle est, de la part lu donataire, un acte purement volontaire et spontané, qui loit réunir lui-même toutes les conditions propres à assurer sa validité.

Quant aux héritiers du grevé, ils peuvent confirmer expressément ou tacitement la disposition, et renoncer à en opposer la nullité, par exemple, en mettant le substitué en possession les biens, pourvu qu'ils aient eu connaissance du vice et intenion de le réparer.

Cependant la confirmation ou exécution volontaire émanée lu disposant ou de son héritier serait absolument inefficace, si elle s'appliquait d'une manière indivisible à l'acte tout entier, à la substitution comme à l'institution, et qu'au lieu le faire disparaître le vice radical dont il est entaché, elle aissât subsister, comme condition expresse ou implicite de la atification, la charge de conserver et de rendre (1). Il faut lonc, dans tous les cas, que la substitution soit effacée, et que la libéralité soit ramenée aux termes du droit.

(1) Cass., 2 mars 1858. Palais, 1858, p. 1180. — 24 avril 1860. Sirey, 60, 1, 514. — Amiens, 7 déc. 1868. Sirey, 69, 2, 197, et 6 mars 1866. Sirey, 69, 2, 229.

10. Les mêmes principes s'appliquent aux dispositions te tamentaires. Les héritiers et ayants-cause du testateur pe vent, après sa mort, les confirmer expressément ou tacit ment (1), quels que soient les vices qui les infectent, soit qu'i résultent de l'inobservation des formes prescrites, de l démence du testateur, de son incapacité, de l'excès de la qu tité disponible, de l'injuste distribution de ses biens, de l'inca pacité ou indignité personnelle de l'héritier institué ou lég taire. Les actes de confirmation valent alors, à la seule conditio que les règles générales de l'article 1338 y seront observées c'est-à-dire que le confirmant aura agi en connaissance d vice et avec l'intention de le réparer (2).

Le légitimaire, réduit à une portion de l'hérédité inférieur à sa réserve, peut renoncer lui-même à toute action en supplé ment. Cette renonciation peut même aujourd'hui être express ou tacite. Sous l'empire du droit romain, l'héritier ne pouvai plus attaquer pour inofficiosité le testament de son auteur lorsque, dans une quittance ou dans une transaction, il s'étai spécialement déclaré satisfait et content de la part héréditair qui lui avait été laissée (3). La loi du 18 pluviôse an V, san exiger cette expression de satisfaction et de contentement, s bornait à demander une renonciation expresse de la part du légitimaire. Ce n'est pas que ce mot de renonciation ait la même force que ceux de contentement, de satisfaction; car l'héritier qui déclare renoncer n'est pas, pour cela, nécessairement content et satisfait, tandis que celui qui se déclare satisfait et content fait, par cela même, nécessairement une renonciation. Cependant, comme la renonciation fait présu-

(1) Merlin, Rép., v° *Testament*, sect. 2, § 5. — Toullier, t. 11, n° 73. — Duranton, t. 9, n° 174. — Grenier, *Donat.*, t. 1, n° 325. — Rennes, 12 mai 1851. Sirey, 52, 2, 287.

(2) Merlin, Rép., v° *Testament*, sect. 2, § 1, art. 4, et Quest., v° *Testament*, § 18. — Marcadé, art. 1340, n° 4. — Cass., 14 mars 1866. Sirey, 66, 1, 353. — *Contrà*, Bastia, 27 juin 1865. Sirey, 66, 2, 265.

(3) L. 35, § 2, C. *De inoff. testam.*

ier, en fait, que le légitimaire est satisfait, le législateur pouait, en saine raison, en déduire une présomption légale que renonçant est content et satisfait. D'ailleurs, ce mot de enonciation, sous la loi du 18 pluviôse an V, n'avait rien de acramentel, et n'était point religieusement exigé pour caracériser une renonciation.

Mais aujourd'hui cette législation n'existe plus. On est placé ous l'empire des principes généraux du droit en matière de onfirmation, de ratification et de renonciation. Il s'ensuit que e légitimaire est censé renoncer, par cela seul qu'il reçoit ce ui lui a été laissé, sans protestations, ni réserves, et en suffiante connaissance de cause.

Est enfin également valable la confirmation donnée par les héritiers au legs excessif fait à un enfant naturel. « Si des conidérations de morale et d'ordre public, dit la Cour de cassaion (1), ont fait refuser à l'enfant naturel le titre d'héritier, il n'existe rien de contraire aux bonnes mœurs dans les conventions par lesquelles le successible réservataire, sans attribuer à l'enfant naturel cette qualité d'héritier, dont il ne peut être honoré, lui abandonne à titre onéreux ou à titre purement gratuit les biens qu'il aurait eu le droit de revendiquer. Les conventions qui ne règlent que des intérêts privés ne sauraient être réputées illicites, et se trouvent, dès lors, réglées par les dispositions de la loi commune et les principes généraux du droit. »

Il en serait toutefois autrement si l'incapacité du légataire était fondée sur des considérations d'intérêt public ; telle est celle qui affecte une corporation religieuse non autorisée, à qui un légataire, servant d'intermédiaire, est chargé de faire parvenir l'émolument de la succession. Les actes d'exécution faits par les héritiers avec ce dernier ne les rendent point non recevables à attaquer le testament. Les lois d'ordre public

(1) 16 août 1841. Sirey, 41, 1, 609. — *Conf.*, Rennes, 26 juill. 1843. Sirey, 44, 2, 342. — Toulouse, 7 fév. 1844. Sirey, 45, 2, 256.

étant au-dessus des conventions privées, ces actes d'exécutio n'ont pas plus de valeur qu'une confirmation expresse (1).

19. A la différence de la confirmation ou ratification qui lieu en matière de contrats, celle qui s'opère en matière d testaments et de legs a besoin d'être acceptée par celui vis-à vis duquel elle est donnée. Plusieurs dispositions de la lc romaine (2) exigent que, dans ce cas, il y ait pacte, contrat, en un mot, acceptation. Lorsqu'il s'agit d'un contrat, la confirmation se rattache toujours à un consentement antérieur, qui en est l'acceptation anticipée; mais il n'en est pas ainsi en matière de dispositions testamentaires. Aucun commencement d'obligation n'existant entre les parties, une confirmation unilatérale, ni expressément, ni tacitement acceptée, ne constitue qu'une simple proposition qui ne forme point de contrat, point d'engagement (3). Il s'ensuit qu'elle ne produit effet qu'à l'égard de celui de la part duquel il y a eu acceptation expresse ou tacite.

20. Soit qu'ils s'appliquent à une donation, à un testament ou à un contrat, les actes confirmatifs n'obligent que ceux de qui ils émanent, leurs successeurs et ayants-cause. Ils sont seuls liés par la renonciation qui en résulte, et l'acte ainsi confirmé n'est inattaquable qu'à leur égard, dans la mesure des droits qu'ils pouvaient personnellement exercer (4).

21. Les actes confirmatifs, soit qu'ils aient lieu gratuitement ou à titre onéreux, ne constituent, sous aucun rapport, de la part de ceux qui ratifient ou exécutent, une libéralité proprement dite, qui puisse être soumise aux principes particuliers qui régissent les donations. Ils n'ont, à moins de fraude et de

(1) Lyon, 13 fév. 1836. Sirey, 37, 2, 263.

(2) L. 16, § 1, C. *De testam.* — L. 62, *ff. De cond ind.* — L. 23, C. *De fideicom.*

(3) Merlin, Quest., v° *Testament*, § 18.

(4) Cass., 12 juin 1839. Sirey, 39, 1, 659.

guisement, d'autre caractère que celui d'une renonciation pure et simple à une action en révocation, en rescision ou en nullité.

SECTION II.

DE LA PREUVE TESTIMONIALE.

Article 1341.

Il doit être passé acte devant notaires ou sous signature privée de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs, même pour dépôts volontaires; et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs. — Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce.

Sommaire.

1. Caractère de la preuve testimoniale.
2. Législation romaine.
3. Ordonnances de Moulins et de 1667.
4. Sur quoi sont fondées les restrictions apportées à la preuve testimoniale.
5. Elle est admissible pour chose n'excédant pas cent cinquante francs.
6. Sens de ces mots, toutes choses.
7. Ils comprennent l'assistance, l'autorisation d'un incapable.
8. De l'évaluation de la chose,
9. Même lorsque le demandeur l'a fixée au-dessous de cent cinquante francs.
10. Observation au cas de clause pénale.
11. Suite. *Quid*, si l'enquête prouve que la chose excède cent cinquante francs?

COMMENTAIRE.

1. Dans le principe, tout a dû être confié à la mémoire et à ı parole des témoins. L'écriture, appliquée à la conservation es preuves, ou considérée comme preuve, n'est venue que plus ırd. Le combat et les épreuves judiciaires, le serment des par-.es et leurs compurgateurs, toutes ces inventions de la bar-arie furent imaginées bien moins pour suppléer les preuves ue pour s'en passer. Il y avait cependant, dans la pratique le cette affreuse procédure, un appel incessant fait aux témoi-gnages, puisqu'on y prenait à témoins les hommes et Dieu nême.

La preuve testimoniale porte avec elle sa définition; c'est celle qui résulte des déclarations orales de personnes régulièrement appelées en justice comme témoins. On l'appelle aussi preuve orale ou vocale, parce que les déclarations de ces témoins ont lieu de vive voix.

Ce n'est pas cependant, ainsi que nous l'avons observé, que la preuve littérale elle-même ne se fonde sur le témoignage des hommes. Mais il y a entre elles cette différence fondamentale, que celle-ci fixe et recueille, au moyen de l'écriture, les souvenirs d'une manière inaltérable et permanente, tandis que l'autre se confie exclusivement à l'exactitude et à la fidélité de leur mémoire. Or, si l'écriture est un témoin, c'en est un qui est difficilement corrompu (1).

Si l'on considère que la preuve testimoniale a été usitée dans tous les temps et dans tous les lieux, que son usage est même chez les peuples civilisés une nécessité des relations sociales, on sera sans doute disposé à lui attribuer, sur la preuve littérale, la prééminence et la supériorité. Cependant, tel est le degré d'autorité et de confiance que le législateur moderne accorde à cette dernière, que la preuve testimoniale n'occupe

(1) MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, liv. 28, ch. 44.

plus maintenant dans notre droit civil, à raison des conditions particulières de son admissibilité, qu'un rang inférieur et une place exceptionnelle. S'il est, en effet, certains cas où elle n'est point admise, il n'en est aucun où la preuve littérale soit rejetée.

2. La loi romaine, de même que toutes les législations de l'antiquité, accordait à l'une et à l'autre une autorité égale. *Si res gesta sine litterarum quoque consignatione veritate factum suum præbeat, non ideò minùs valebit quod nullum instrumentum de eâ intercessit* (1); lorsque en dehors de la preuve littérale, la vérité d'un fait juridique est établie, il n'en est pas moins valable, bien qu'aucun acte instrumentaire n'ait été dressé. *In exercendis litibus eamdem vim obtinent tàm fides instrumentorum quàm depositiones testium* (2); dans les débats judiciaires, une égale force probante est attachée aux énonciations des actes et aux déclarations des témoins. Tels étaient les principes de la législation romaine.

Justinien alla même plus loin. Il consacra la prééminence de la preuve testimoniale sur la preuve littérale. *Si vero tale aliquid contigerit quale in Armeniâ factum est, ut aliud quidem faciat collatio litterarum, aliud vero testimonia; tunc nos quidem existimavimus ea quæ vivâ dicuntur voce et cum jurejurando, hæc digniora fide quam scripturam ipsam secundum se subsistere. Verumtamen sit hoc judicantis prudentiæ simul atque religionis ut veracibus potiùs pro talibus credat : et nos quidem secundum hunc modum existimavimus oportere probari fidelia documenta* (3); s'il arrive comme il est arrivé en Arménie, que l'écriture et les témoignages soient en contradiction, nous pensons que, dans ce cas, les déclarations faites de vive voix, et sous la foi du serment, sont plus dignes de foi que les énonciations de l'écrit; sauf à la prudence et à la religion du juge

(1) L. 5, *ff. De fide instr.*
(2) L. 15, C. *De fide instr.*
(3) Novelle 73, ch. 3.

en apprécier la véracité. Nous pensons même qu'il faut rifier de cette manière les actes instrumentaires.

3. Ces principes passèrent dans notre ancienne jurisprunce française. Bouteiller (1) disait, en conséquence : « S'il vient que, en jugement, une partie se vueille aider de lettres preuve, et l'autre partie se vueille aider de tesmoings singurs, sachez que la vive voix passe vigueur de lettres, si les smoings sont contraires aux lettres. Et se doit le juge plus rester à la déposition des tesmoings qui, de saine mémoire, posent et rendent sentence de leur déposition, qu'à la teneur s lettres qui ne rendent cause. »

Remarquez ces mots : la vive voix passe vigueur de lettres. bisel (2) en fit une de ses règles ; témoins passent lettres. Mais jourd'hui lettres passent témoins.

L'ordonnance de Moulins, rendue au mois de février 1566, streignit, en effet, la première, cette admission illimitée et bsolue de la preuve testimoniale. Voici les dispositions de son rticle 54 : « Pour obvier à la multiplication de faits, que l'on vu ci-devant être mis en avant en jugement, sujets à preuve e témoins, et reproche d'iceux, dont adviennent plusieurs iconvéniens et involutions de procès : avons ordonné et rdonnons, que doresnavant de toutes choses excédant la omme ou valeur de cent livres pour une fois payer, seront assés contrats pardevant notaires et témoins, par lesquels ontrats seulement sera faite et reçue toute preuve ès-dites iatières, sans recevoir aucune preuve par témoins outre le ontenu au contrat, ni sur ce qui serait allégué avoir esté dit u convenu avant icelui, lors et depuis. En quoi n'entendons xclure les preuves des conventions particulières et autres ui seraient faites par les parties sous leurs seings, sceaux t écritures privées. »

Ces mêmes dispositions ont été reproduites par l'article 2,

(1) *Somme rurale*, tit. 106.
(2) Instit., liv. 5, tit. 5, reg. 5.

titre 20, de l'ordonnance de 1667 : « Seront passés actes p devant notaires ou sous signature privée, de toutes cho excédant la somme ou valeur de cent livres, même pour dép volontaires; et ne sera reçu aucune preuve par témoins con et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué av été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agi d'une somme ou valeur moindre de cent livres, sans toutef rien innover pour ce regard, en ce qui s'observe en la just des juges et consuls des marchands. »

L'article 1341 du Code civil n'est, en réalité, que la rep duction des dispositions des ordonnances de 1566 et de 16 Son économie se résume en deux points principaux : ol gation de passer acte devant notaires ou sous signature priv de toutes choses excédant la somme ou valeur de ce cinquante francs; rejet de la preuve testimoniale contre outre le contenu aux actes, et sur ce qui serait allégué av été dit lors, avant ou depuis les actes, encore qu'il s'agis d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs. seule différence notable qu'il y ait entre les dispositions l'article 1341 et celles des anciennes ordonnances, consis uniquement dans la substitution du chiffre de cent cinquan francs à celui de cent livres. Et, à raison de la valeur toutes choses lors de sa promulgation, on peut dire que Code civil apporte à l'admission de la preuve testimoniale d restrictions plus étroites que la législation antérieure, c moins pour le temps où les ordonnances de 1566 et de 16 furent édictées. Car, aujourd'hui surtout, une somme de ce cinquante francs est beaucoup moins considérable que ce livres autrefois.

4. Est-il sage, est-il juste de restreindre ainsi l'admission d la preuve testimoniale? Boiceau, qui a fait un Traité de l preuve testimoniale, ou plutôt un commentaire de l'article 5 de l'ordonnance de Moulins, nous apprend que si cette loi œuvre du chancelier de l'Hospital, parut à quelques-un

odieuse, dure et contraire au droit civil, en ce qu'elle restreint les moyens de découvrir la vérité; qu'elle semble bannir la bonne foi et la confiance mutuelle du commerce des hommes; qu'elle fait une obligation à ceux qui ne savent pas écrire de recourir au ministère d'un officier public; qu'elle impose enfin au magistrat la nécessité d'une certitude légale et d'une conviction forcée; cependant, aucune ne fut reçue, dans son temps, avec plus de faveur.

Nous avons entendu plus d'une fois, et sans plus de raison, renouveler ces reproches contre la prohibition ou plutôt les restrictions de la preuve testimoniale. Nous avons même vu des juges, cédant d'ailleurs à d'honorables scrupules d'équité, éluder, autant qu'ils le pouvaient, la stricte et rigoureuse application de l'article 1341. Quant à nous, nous n'avons jamais cessé de nous élever contre ces funestes tendances qui poussent le magistrat à mettre sa raison individuelle au-dessus de la sagesse de la loi, et à violer, au nom d'une équité apparente et trompeuse, les principes de droit qui sont les ancres les plus fermes de la justice.

Pour bien apprécier l'esprit de sagesse qui a présidé à la rédaction de nos anciennes ordonnances et de l'article 1341, il faut supposer un instant que la preuve testimoniale est admise d'une manière illimitée et absolue. Les moindres inconvénients qui pourront en résulter seront, sans aucun doute, la multiplicité des procès et les involutions de procédure, suite inévitable de la facilité et de l'entraînement avec lesquels les faits seront allégués et déniés, les offres de preuve faites, les enquêtes ordonnées, les témoins produits, les témoignages reprochés, discutés et combattus de part et d'autre. Mais le danger le plus sérieux et le plus réel sera dans l'impuissance à laquelle seront réduits les juges eux-mêmes, de discerner la vérité au milieu de témoignages contradictoires, constamment suspects d'erreur, de fausseté et de corruption. Du moment que tout devient une question de preuve testimoniale, tout est, par cela même, abandonné à l'incertitude, au hasard, à

la fraude et au dol. Il n'y a plus ni sécurité, ni garantie pour la fortune des citoyens. Il n'est aucune prétention, si injuste qu'elle soit, qui ne puisse prévaloir à l'aide de témoins corrompus et apostés, l'intérêt même du débat servant de solde à la subornation et d'aliment au mensonge. Si, enfin, la prudence et la sagesse du juge peuvent rassurer quelquefois, il n'en est pas moins vrai que l'exercice de ce pouvoir arbitraire vient lui-même aggraver le péril.

Voilà les inconvénients et les dangers que le législateur moderne a essayé de prévenir, en opposant quelques restrictions à l'admission, autrefois illimitée, de la preuve testimoniale. Nous n'irons point jusqu'à prétendre qu'ils aient été tous par là prévenus. Mais il est incontestable qu'ils ont été considérablement réduits. Si la loi nouvelle semble défendre aux hommes de se fier les uns les autres à leur parole, comme s'ils n'étaient plus capables de bonne foi, ce n'est pas par un sentiment gratuitement injurieux envers l'humanité; c'est uniquement par une malheureuse expérience de l'erreur, de la fraude, de la mauvaise foi et du mensonge. Si elle exige qu'il soit passé acte public ou privé, lorsque la chose excède une certaine somme, ce n'est pas qu'elle veuille restreindre les moyens de découvrir la vérité; elle veut seulement en régler l'usage et les épurer. Et de ce qu'elle attribue alors exclusivement à la preuve littérale seule une autorité probante complète, il s'ensuit que les parties sont sollicitées par leur propre intérêt à satisfaire, autant qu'elles le peuvent, à ses sages et prudentes prescriptions. La loi contient ainsi en elle-même une sanction qui concourt, en diminuant les cas d'infraction, à assurer avec une certitude plus grande la manifestation de la vérité. Ses exigences sont enfin une garantie contre toute appréciation arbitraire de la part du juge, puisqu'elles lui font un devoir de ne former sa conviction que sur les seuls éléments de preuve auxquels elle reconnaît une autorité légale.

Que si elles obligent, dans leur rigoureuse application, les personnes illettrées à recourir au ministère d'un officier public,

ce n'est pas, à coup sûr, une raison pour les condamner. Cette nécessité, qui ne provient que d'un défaut de savoir, ne saurait, en effet, motiver aucune distinction ni exception à l'égard de personnes que leur ignorance même rend plus dignes de la protection de la loi. Cette considération est d'ailleurs inapplicable au cas où il s'agit de produire la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes, ou sur ce qui est allégué avoir été dit avant, lors ou depuis.

Nous reconnaissons volontiers que la prééminence accordée à la preuve littérale et l'exclusion prononcée contre la preuve par témoins, ont souvent pour conséquence de forcer la justice, quoique la conscience et la conviction du magistrat comme homme y répugnent, à consacrer comme légalement avérés des faits dont l'existence est plus qu'incertaine, ou même visiblement fausse. Faut-il donc accuser la loi d'iniquité? Que l'on veuille bien faire, par la pensée, un retour sur quelques-unes de ces affaires dont le jugement, fondé sur le droit rigoureux, *summo jure*, laisse la conscience alarmée et inquiète; n'est-il pas vrai que, si le bon droit apparent périt à défaut d'une preuve régulière, la faute doit en être imputée le plus souvent, disons même toujours, à l'imprudence seule de la personne, à son imprévoyance, à l'inaccomplissement des mesures que la loi lui prescrivait de prendre dans son intérêt? C'est bien assez que les lois soient chargées de leurs propres imperfections, sans l'être encore des fautes et des imprévoyances des hommes.

5. Nous entrons maintenant dans le commentaire de notre article.

« Il doit être passé acte, dit-il, devant notaires ou sous signature privée, de toutes choses excédant la valeur de cent cinquante francs. » Mais il n'énonce pas expressément quelle est la sanction de l'inaccomplissement de cette prescription. Il est facile de la suppléer. De l'obligation même qu'il impose de passer acte, il résulte que, si cet acte n'est point passé, les

parties n'ont aucune preuve légale de leur engagement. Cette nécessité d'un acte écrit emporte exclusion de tout autre genre de preuve. L'article 54 de l'ordonnance de 1566, en avait une disposition formelle : « Seront passés contrats, dit-il, pardevant notaires et témoins, par lesquels contrats seulement sera faite et reçue toute preuve ès-dites matières. » On ne saurait douter que l'article 1341 ne soit conçu dans le même esprit, et ne contienne la même exclusion. Mais la nécessité d'un acte écrit, sauf quelques exceptions, ne concerne que la preuve du contrat, et ne touche point, quant au fond, à sa validité.

La preuve testimoniale est donc inadmissible pour toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs. Mais au-dessous de cette somme ou valeur, elle est parfaitement admissible, sauf le cas où il aurait été dressé un acte, ainsi que nous l'expliquerons bientôt. Le législateur ne pouvait, en effet, repousser, dans ce cas, la preuve par témoins sans gêner et entraver d'une manière préjudiciable les relations les plus simples et les plus ordinaires de la vie. La modicité des intérêts en débat ne permet pas d'ailleurs de supposer, comme on pourrait le craindre dans des contestations plus importantes, l'emploi des mêmes moyens de fraude, de mauvaise foi et de subornation.

6. Ces expressions, toutes choses, dont se sert l'article 1341, sont empruntées aux ordonnances de 1566 et de 1667. Elles ont le sens le plus large et le plus étendu. Elles s'appliquent à tous les faits juridiques, quels qu'ils soient, soit qu'ils aient pour objet la formation des contrats ou leur extinction (1). Il semble même que le législateur les ait employées avec une intention réfléchie, pour éviter les difficultés d'interprétation qu'avait fait naître l'ordonnance de Moulins. Quoiqu'elle se fût

(1) Toullier, t. 9, n° 23. — Zachariæ, t. 5, p. 698, nte 1, 1re édit., et t. 8, p. 299, 4e édit. — Duranton, t. 13, n° 315. — Merlin, Rép., v° *Preuve*, sect. 2, § 3, art. 1, n° 7. — Cass., 5 fév. 1812. Sirey, 12, 1, 288.

vi des termes, toutes choses, les commentateurs pensaient e la prohibition de la preuve testimoniale ne s'appliquait 'à la formation des conventions, et nullement à l'extinction s obligations (1). Ils se fondaient sur ce qu'elle disait, seront ssés contrats, et sur ce que ce mot de contrats ne concerne e les conventions. Mais l'ordonnance de 1667 ayant pris in de ne pas employer le mot de contrats, et d'y substituer lui d'actes, la généralité de cette dernière expression ne rmit plus ni distinction, ni doute (2).

C'est le même mot qu'emploie l'article 1341. Ses dispositions nt ainsi indistinctement applicables à tous les faits juridiques, quelque nature et espèce qu'ils soient, qui ont pour objet rect et nécessaire de former, éteindre, résoudre, reconnaître, nfirmer, ratifier, innover, modifier, restreindre, étendre ou ıfin de transférer des obligations et des droits (3). Nous cumulons exprès tous les actes qui peuvent intervenir, afin, ı'on puisse embrasser, d'un coup d'œil, toute l'étendue des spositions de notre article, et résumer, dans leur variété ıfinie, les décisions de la jurisprudence.

7. Il est même applicable aux consentement, autorisation assistance qui sont nécessaires pour habiliter la personne un incapable, tel que le mineur, la femme mariée. L'autori-ıtion du mari, ou le concours du tuteur, pourra donc ou non re prouvé par témoins, suivant que l'intérêt du fait juridique, l'occasion duquel il a dû intervenir, n'excèdera pas ou excè-era cent cinquante francs.

Quant à l'autorisation du mari, on objecterait vainement ıe l'article 217 exige son concours dans l'acte ou son con-ntement par écrit, pour soutenir que l'on ne peut établir ır témoins, hors les cas exceptionnels des articles 1347 et 348, l'existence d'une autorisation donnée verbalement, alors

(1) DANTY, sur Boiceau, ch. 11.
(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 751.
(3) ZACHARIÆ, t. 5, p. 760, 1re édit., et t. 8, p. 300, 4e édit.

même qu'il s'agit d'un acte juridique dont la valeur ne dépass pas cent cinquante francs (1). Nous pensons qu'en interpré tant ainsi l'article 217, on lui donne un sens exagéré. S' parle, en effet, du consentement par écrit, c'est qu'il suppos qu'un acte a été rédigé. Ce qui le prouve, c'est l'alternativ qu'il pose entre le consentement écrit du mari et son concou dans l'acte. Mais, lorsqu'aucun acte n'a été rédigé, lorsque l convention a été purement verbale, il nous semble qu'aucun raison, même spécieuse, n'empêche de rentrer dans le droi commun des articles 1341 et suivants, et, conséquemment d'établir par témoins que la femme a été régulièrement auto risée par son mari, pourvu que la chose n'excède pas cen cinquante francs. Autrement, on ne comprendrait pas comment la preuve testimoniale, qui est admise pour établir l'en gagement de la femme, devrait être rejetée aussitôt qu'il s'agi de prouver qu'elle s'est engagée valablement, sous l'autorisation maritale. Il n'y a donc aucune distinction à faire, quant aux moyens de preuve admissibles, entre la preuve de l'engagement en soi, et la preuve des conditions particulières de sa validité (2).

Quant au tuteur, nous ajoutons qu'il n'existe, par rapport à lui, aucune disposition analogue à celle de l'article 217. Et cette observation fortifie elle-même notre opinion sur l'admissibilité de la preuve testimoniale concernant l'autorisation du mari.

8. En ce qui touche l'importance de la chose qui fait le sujet de l'acte, son évaluation ne présente aucune difficulté, lorsqu'elle consiste en une somme d'argent. Mais, si elle est d'une nature différente, il y a nécessité de l'évaluer préalablement, pour savoir si sa valeur excède ou non cent cinquante francs, et si, en conséquence, la preuve testimoniale est inadmissible ou recevable.

(1) Zachariæ, t. 3, p. 336, 1re édit., et t. 5, p. 150, 4e édit.
(2) Voy. *infrà*, n° 35.

Cette évaluation préalable doit être faite, même d'office, par e juge, suivant les règles ordinaires de l'expertise, soit qu'il a fasse lui-même, comme étant expert de droit, soit qu'il iomme des experts pour éclairer sa religion. Il admet alors, l'après le résultat de l'expertise, la preuve testimoniale ou a rejette, suivant que la valeur de la chose est inférieure ou upérieure à la somme de cent cinquante francs (1).

Il n'y a même pas à distinguer entre les choses mobilières ou immobilières, ni entre les actes juridiques dont elles font e sujet. Bien que la valeur en soit indéterminée, il n'y a point ieu de déclarer, sans vérification préalable, la preuve testimoniale inadmissible. Mais, nous le répétons, le juge peut en apprécier lui-même immédiatement la valeur, par ses propres connaissances et d'après les circonstances de la cause.

9. Il peut arriver que le demandeur ait déterminé, par ses conclusions, la valeur de la chose à une somme qui ne dépasse pas cent cinquante francs. Dans ce cas, le défendeur, qui s'oppose à l'admission de la preuve testimoniale, n'en conserve pas moins le droit de demander au juge une évaluation régulière qui serve à décider, d'après ses résultats, la question de savoir si la preuve testimoniale doit être admise ou rejetée. Autrement, il serait à la discrétion du demandeur, contrairement au texte et à l'esprit de la loi, de rendre toujours la preuve par témoins admissible, en réduisant le chiffre de ses prétentions.

Tel est le cas où je demande, à titre de dommages et intérêts, une somme inférieure à cent cinquante francs, en même temps que je poursuis la résolution d'un contrat, ou que j'entends en faire constater l'inexécution. Sans contester, d'ores et déjà, le chiffre des dommages et intérêts réclamés, et tout en se réservant de le débattre plus tard, le défendeur prétend

(1) Favard, Rép., vº *Preuve*, § 1, nº 3. — Zachariæ, t. 5, p. 711, 1re édit., et t. 8, p. 311, 4e édit. — Marcadé, art. 1341, nº 2.

que l'objet du contrat allégué a une valeur excédant cent cinquante francs, et que, en conséquence, la preuve testimoniale n'est pas admissible. Le juge est alors obligé de vérifier cette exception. Car les prétentions du demandeur ne sont fondées que sous la condition que l'existence de la convention sera préalablement établie. Or, si son objet excède la valeur de cent cinquante francs, la preuve par témoins est irrecevable (1).

Remarquez que la contestation du défendeur doit alors porter sur l'objet principal du contrat, et non sur les dommages et intérêts réclamés contre lui. S'il venait à contester seulement le chiffre de l'indemnité prétendue, en soutenant que le dommage est supérieur à la somme de cent cinquante francs, cette manière d'engager le débat contiendrait, de sa part, une reconnaissance implicite de l'existence de la convention ; et cet aveu suffirait lui-même, suivant les circonstances, pour faire admettre la preuve testimoniale.

10. La justesse de cette observation devient encore plus sensible, si l'on suppose qu'une clause pénale a été stipulée. Le demandeur réclame, à ce titre, une somme qui n'excède pas cent cinquante francs. Vainement l'autre partie contestera le chiffre de la peine prétendue stipulée, pour tenir lieu de dommages et intérêts, en prétendant qu'elle a été arbitrée d'avance à une somme excédant cent cinquante francs, et, qu'en conséquence, la preuve testimoniale est inadmissible. En dirigeant ainsi tout l'effort de sa contestation sur le montant de la clause pénale, elle reconnaît, en effet, implicitement, l'existence du contrat au principal, et, en outre, accessoirement, l'existence de la clause pénale. La preuve par témoins pourra donc être admise.

11. Mais en quelle considération le juge devra-t-il prendre l'enquête, si elle vient à établir que, en effet, la clause pénale

(1) Zachariæ, t. 5, p. 711, 1re édit., et t. 8, p. 312, 4e édit. — Bonnier, *Preuve*, no 102. — *Contrà*, Favard, *ibid*.

ait pour objet une somme excédant cent cinquante francs? evra-t-il rejeter la demande par le motif que la somme réclaée, quoique inférieure à cent cinquante francs, fait partie une créance plus forte qui n'est point prouvée par écrit? tte question rentre plus particulièrement dans le commenre de l'article 1344. Cependant, puisqu'elle s'offre ici, nous vons la résoudre.

En règle générale, l'enquête n'a pu être admise que proviirement, sans que le jugement qui l'a ordonnée ait préjugé dmission de la demande pour le cas où il serait établi qu'elle t partie d'une créance supérieure à cent cinquante francs. preuve testimoniale n'a été et n'a pu être reçue que sous la serve formelle ou sous-entendue d'appliquer, suivant le sultat de l'enquête, les dispositions de l'article 1344. Le juge vra donc rejeter la demande, et s'il est tenu compte des noignages, ce n'est précisément que pour ne pas l'admet- (1).

12. Nous croyons cependant devoir restreindre la généralité cette décision. Si elle nous paraît incontestable au cas où n'y a, de la part du défendeur, aucun aveu, aucune reconissance touchant l'existence de la convention principale, qui nde vraisemblable la stipulation de la clause pénale alléguée, nous paraît, d'autre part, tout à fait conforme à la loi, d'adttre, au contraire, la demande, lorsque les résultats de l'enête s'appuient sur un aveu, une reconnaissance établissant commencement de preuve par écrit. L'article 1344, ainsi e nous le verrons plus loin, reçoit, en effet, exception dans cas. Il reste, dès lors, à apprécier, en fait et en droit, s'il ste ou non un commencement de preuve de cette espèce. par la manière dont la contestation s'est engagée, le défenr, en se bornant à contester le chiffre réclamé à titre de

) ZACHARIÆ, t. 5, p. 711, nte 32, 1re édit., et t. 8, p. 312, nte 33, dit.

clause pénale, reconnaît, du moins implicitement, l'existen du contrat. Cette reconnaissance implicite est-elle assez net assez formelle pour rendre vraisemblable le fait de la cla pénale? C'est un point que le juge aura à apprécier. N'a-t-el au contraire, été faite que d'une manière incertaine, équiv que, sous toutes réserves et seulement d'une façon hypoth tique? C'est encore un point abandonné à l'appréciation juge.

13. Lorsque la demande a pour objet une peine que défendeur prétend avoir été stipulée d'une somme supérieure cent cinquante francs, il est indifférent que le contrat princip ait pour objet une chose qui soit inférieure ou supérieure à valeur de cent cinquante francs. C'est la stipulation de la pein seule, si même elle ne se cumule avec l'objet principal de convention, qui forme alors le sujet du débat, et qui doit, con séquemment, être évaluée. Nous verrons qu'il en est autremen en matière de simples dommages et intérêts.

14. La valeur de la chose qui fait le sujet de l'acte ne s'ap précie pas seulement à raison des stipulations principales accessoires, mais encore eu égard à l'intérêt juridique qu présente le fait contractuel qui forme la matière du débat.

Je prétends, par exemple, que vous avez fait entre me mains un payement qui a eu pour conséquence, soit d'inter rompre la prescription, comme acte de reconnaissance, so de confirmer une obligation, comme acte d'exécution volon taire. Quel que soit le chiffre de ce payement, alors même qu' serait inférieur à la somme de cent cinquante francs, je n serai point admis à l'établir par la preuve testimoniale, si l créance ou l'obligation, dont je prétends que vous avez inter rompu la prescription ou couvert la nullité, est elle-mêm supérieure à la somme ou valeur de cent cinquante francs. L payement que j'allègue présente, en effet, un intérêt qui doi s'évaluer bien moins par le montant de son chiffre que pa

portance des conséquences de droit que je prétends en r (1).

5. Mais si l'objet qui forme la matière de l'acte est lui-même ne valeur inférieure à cent cinquante francs, il importe peu la demande ait pour objet une somme supérieure à ce ffre.

Qu'il s'agisse, par exemple, d'une société où les mises réu- s n'excèdent pas cent cinquante francs; chaque sociétaire a admis à la preuve testimoniale de cette convention, alors me qu'il réclame, pour sa part dans la société, une somme passant cent cinquante francs. Du moment, en effet, que le juridique, considéré au moment de sa consommation, pré- te une valeur inférieure à cette somme, les parties ont été pensées de recourir à une preuve écrite (2).

Réciproquement, si l'on suppose que les mises sociales nies dépassent cent cinquante francs, la preuve testimo- le sera inadmissible, quoique chaque associé n'ait versé s la société et ne réclame pour sa part qu'une somme indre (3). C'est qu'au moment de la consommation du con- ., les parties ont contrevenu aux prescriptions de la loi, et cette infraction suffit pour les exclure de la preuve testi- niale, abstraction faite du montant de leurs mises et du ffre de leur demande.

L'article 1834 exige, en effet, que toutes sociétés soient

) TROPLONG, *Prescript.*, nos 280, 622. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 703, , 1re édit., et t. 8, p. 305, 4e édit. — MARCADÉ, art. 1341, no 3. — n, 4 mai 1841. SIREY, 41, 2, 334. — Douai, 19 janv. 1842. SIREY, 2, 112. — Cass., 19 nov. 1845. SIREY, 46, 1, 709. — 13 nov. 1847. EY, 48, 1, 80. — 28 juin 1854. SIREY, 54, 1, 465. — 17 nov. 1858. EY, 59, 1, 905. — 27 janv. et 10 mars 1868. SIREY, 68, 1, 105. — *trà*, Toulouse, 18 mai 1831. SIREY, 31, 2, 302. — Caen, 20 mai). SIREY, 40, 2, 300.

2) ZACHARIÆ, t. 3, p. 58, nte 2, et t. 5, p. 707, 1re édit., et t. 4, 48, et t. 8, p. 309, 4e édit. — TROPLONG, *Société*, no 202. — Cass., nv. 1875. SIREY, 75, 1, 73.

3) *Contrà*, DURANTON, t. 13, no 306, et t. 17, no 343.

rédigées par écrit, lorsque leur objet est d'une valeur de pl
de cent cinquante francs; et, par objet de la société, on do
entendre l'ensemble des mises réunies. C'est cet ensemb
qui constitue la chose sur laquelle elle doit opérer, indépe
damment de son résultat final (1).

Il ne faut donc pas confondre l'objet de la société avec
fin, son but, qui est la réalisation de bénéfices. Ces bénéfice
incertains et éventuels, sont certainement entrés dans les pr
visions des associés; mais ils ne font pas partie de l'objet mêm
de la société. Cette considération des bénéfices aurait, d'ai
leurs, pour résultat de rendre l'admission de la preuve test
moniale aussi inconstante que la fortune de la société. Elle e
enfin contraire au droit commun, dont l'article 1834 n'est qu
l'expression, en ce que la loi, pour savoir si la conventio
doit être rédigée par écrit, ne se préoccupe que de la valeu
actuelle de son objet, ou de la valeur qui, par suite de la con
vention, et dans les prévisions des parties, doit nécessair
ment, comme les intérêts, par exemple, s'adjoindre au prin
cipal.

16. Par application du même principe, on doit décider qu
la preuve testimoniale est inadmissible, si le fait qui forme l
sujet du débat a une valeur excédant cent cinquante francs
quoique l'intérêt de la contestation soit moindre. Ainsi, o
ne doit point tenir compte des aveux, déclarations, recon
naissances et offres qui ont pour résultat de réduire l'intérê
réel du litige à une somme inférieure à cent cinquante francs
C'est, encore une fois, que les parties ont contrevenu à la loi
qui leur enjoignait de se procurer une preuve écrite (2).

Tel est le cas où je vous demande trois cents francs, lorsqu
vous m'en offrez deux cents; où je vous demande quatre cent

(1) ZACHARIÆ, *ibid.* — TROPLONG, *ibid.* — DUVERGIER, *Société*
nos 72 et suiv.

(2) ZACHARIÆ, t. 5, p. 706, 1re édit., et t. 8, p. 308, 4e édit. —
MARCADÉ, art. 1341, n° 2. — *Contrà*, DURANTON, t. 13, n° 318.

francs pour prix d'une chose vendue, quand vous prétendez ne l'avoir achetée que deux cent soixante francs, lesquels vous m'offrez.

17. En règle générale, et sauf quelques exceptions dont nous nous proposons de parler sous l'article 1347, les dispositions de l'article 1341, concernant la preuve testimoniale, s'appliquent à tous les contrats. Quant aux exceptions elles-mêmes, nous verrons qu'elles sont dans le sens d'une rigueur exceptionnelle.

18. Que signifient ces mots, même pour dépôts volontaires? En voici l'explication : Avant l'ordonnance de 1667, on avait douté si ces actes étaient compris dans l'ordonnance de 1566. On alléguait comme raison de douter, que les dépôts ont lieu entre amis, sur parole, de confiance, sans rédaction d'aucun acte écrit, sans que le déposant ose même en faire au dépositaire la demande, pleine d'injurieux soupçons. Le Code civil, comme l'ordonnance de 1667, a rangé le dépôt volontaire dans la classe commune des autres contrats. Et il a sagement fait; car les annales judiciaires contiennent plus d'un exemple des spéculations de l'intrigue et de la mauvaise foi envers de prétendus dépositaires. Quant au déposant, s'il ne retire pas de reconnaissance écrite, il n'aura qu'à imputer à sa propre imprudence de s'être confié à un dépositaire infidèle.

D'ailleurs la loi, en exigeant qu'il soit dressé acte du dépôt, cache, sous les apparences d'une nécessité toute légale, ce qu'il peut y avoir d'injurieuse défiance dans la demande et la rédaction d'un acte instrumentaire.

19. Les premières dispositions de l'article 1341 recevront leurs développements sous les articles 1342 et suivants. Nous passons donc au second chef de ses dispositions.

Lorsqu'il a été rédigé un acte authentique ou sous seing-privé, il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre son contenu, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant,

lors ou depuis sa rédaction. Ce principe, consacré par notre législation moderne, est conforme à la règle suivante, posée d'abord par la loi romaine : *Contrà scriptum testimonium non scriptum testimonium non fertur* (1). C'est bien ce que nous disons aujourd'hui ; lettres passent témoins. Nous avons vu que cette maxime, repoussée autrefois par Justinien et par notre ancienne jurisprudence française, y avait été introduite par les ordonnances de 1566 et de 1667.

20. Les dispositions de l'article 1341, sur ce dernier point, embrassent deux hypothèses bien distinctes. D'après la première, on ne peut rien prouver par témoins contre et outre le contenu de l'acte, c'est-à-dire que la preuve testimoniale est inadmissible pour établir que les stipulations et dispositions qu'il renferme, ne sont point sincères ni exactes, et qu'elles doivent être remplacées par des stipulations, dispositions, clauses et conditions differentes, soit que la partie qui en allègue l'existence prétende que l'acte n'a reçu sa rédaction définitive et actuelle que par suite d'une inexactitude, d'une omission, d'une erreur involontaire ; soit qu'elle soutienne qu'il n'a été ainsi rédigé que par suite d'un dessein prémédité et d'une pensée commune de réticence et de simulation.

La preuve par témoins est alors inadmissible sur tous changements et modifications que l'on prétend prouver contrairement à la teneur de l'acte. Il fait foi de la sincérité de sa rédaction, parce qu'il est à présumer que les parties contractantes, en rédigeant un acte instrumentaire dans le but de conserver la mémoire, et de constituer la preuve de leurs dispositions et conventions, les y ont établies d'une manière entièrement conforme à la vérité. S'il était permis d'attaquer, à l'aide de simples témoignages, les actes publics ou privés, et de révoquer en doute l'exactitude et la sincérité de leurs énonciations, une semblable faculté, dont l'exercice n'en serait presque toujours

(1) L. 1, C. *De testib.*

ue l'abus, aurait le double inconvénient, également désas-
eux, de détruire la foi due aux actes et de substituer à un
ode de preuve que les parties ont elles-mêmes adopté,
mme offrant plus de garanties, un autre genre de preuve
ont l'expérience démontre l'incertitude et les dangers.

21. Mais cette première prohibition de la preuve testimo-
iale contre et outre la teneur d'un acte, serait elle-même sans
ficacité, si les parties étaient autorisées à prouver par témoins
ue, soit avant la rédaction de l'acte, soit lors ou depuis, elles
nt convenues verbalement, et sans en dresser acte, d'ap-
orter à leur convention, telle qu'elle est rédigée, certains
angements et modifications. Ce point est l'objet de la seconde
rohibition. La preuve testimoniale est alors également inad-
issible, et cette défense est tout aussi sage que la première.
L'acte public ou privé contredit, en effet, une semblable pré-
ntion; et l'on doit reconnaître qu'il est fait pour inspirer plus
e confiance que des témoignages toujours suspects d'infidélité
u d'erreur. Que deviendrait ensuite l'autorité probante qui y
st attachée, non-seulement par sa nature même, mais encore
ar sa destination spéciale et son caractère contractuel, qui en
nt, pour les contractants, un moyen commun de garantie et
n gage de sécurité? Ne résulte-t-il pas du silence de l'acte, ou
e l'absence de tout autre écrit postérieur, la présomption que
s prétendues conventions verbales, modificatives du contrat
rimitif, sont restées à l'état de propositions simples ou de
rojets non réalisés? Que si, au contraire, elles ont été défi-
itivement conclues, la partie qui veut les établir a à s'imputer
e ne pas en avoir fait le sujet d'une rédaction nouvelle ou
'un acte particulier, tel qu'une contre-lettre.

Cette double prohibition de l'article 1341 est absolue et ne
ouffre aucune distinction, quel que soit le caractère de l'acte
ublic ou privé, quelle que soit la nature de la convention
u disposition qui a été constatée par écrit.

22. Elle n'admet non plus aucune distinction par rapport aux

témoins que l'on voudrait faire entendre. Le notaire qui a reç l'acte, et les témoins qui ont assisté à sa rédaction, ne peuver pas plus être entendus que tous autres. C'est toujours un preuve testimoniale. Il y aurait même, à leur égard, une raiso particulière de convenance et de justice pour s'opposer à leu audition; c'est qu'on ne comprend guère comment ils vier draient contredire les énonciations d'un acte à la rédactio duquel ils ont participé (1).

23. Il est enfin indifférent qu'il s'agisse dans l'acte public o privé d'une somme ou valeur dépassant ou non cent cinquant francs. La preuve par témoins est toujours irrecevable, encor qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cin quante francs. Telle est la disposition formelle de l'article 1341 qui ne fait que reproduire celle de l'ordonnance de 1667. Le raisons sur lesquelles elle est fondée ne permettaient aucun distinction. Car la foi due à un acte est indépendante de l valeur de la chose qui fait le sujet de la convention ou dispo sition.

24. Voyons maintenant dans quels cas et sous quelles con ditions cette double prohibition est applicable.

Une première condition est essentielle : L'acte public o privé, outre et contre la teneur duquel on propose une preuv testimoniale, doit, conformément aux règles que nous avon développées précédemment, faire foi pleine et entière de énonciations qu'il renferme. La prééminence accordée à l preuve littérale suppose, en effet, nécessairement, que le énonciations que l'on prétend contredire au moyen de l preuve testimoniale, sont couvertes par la foi qui est due l'acte. S'il ne faisait pas foi entière de la disposition ou con vention qu'il contient, il faudrait, au contraire, l'appui d'un preuve supplétive pour compléter le commencement de preuv

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 762. — Domat, *Lois civ.*, p. 1, liv. 3 tit. 6, sect. 2, n° 7.

qui en résulte. Cette preuve supplétive pouvant être administrée, soit à l'aide de témoignages, soit au moyen de simples présomptions, la foi due à l'acte, mais seulement d'une manière incomplète, peut être combattue par les mêmes moyens.

Je vous demande, par exemple, le payement d'un billet de mille francs, non revêtu du *bon pour* ou de l'*approuvé*. Cet acte ne fait pas pleine foi de la dette, et ne vaut que comme commencement de preuve par écrit. Vous pourrez en conséquence, contrairement à ses énonciations, établir par témoins que votre obligation n'existe pas, qu'elle est inférieure à mille francs, ou même que vous en avez acquitté une partie supérieure à cent cinquante francs. La charge de fournir cette preuve ne vous est même imposée que du moment où j'aurai fourni la preuve supplétive, dont le concours est nécessaire pour parfaire la preuve qui résulte incomplètement de mon titre. La preuve testimoniale serait, au contraire, inadmissible de votre part, si mon billet, étant régulier quant à la forme, faisait preuve complète de l'obligation qu'il énonce.

Réciproquement, si l'on suppose qu'il est revêtu de toutes les formes exigées, et qu'il porte seulement une somme inférieure à cent cinquante francs, je ne serai point admis à établir par témoins que vous me devez une plus forte somme. Mais, s'il est irrégulier, s'il ne fait pas preuve complète, et que vous en contestiez la teneur, je pourrai prouver par témoins, suivant les règles du droit commun, que la dette est de cent cinquante francs, quoique le billet informe en énonce une moindre. Car vous ne pouvez pas plus me l'opposer que je ne puis vous l'opposer moi-même, pour faire rejeter la preuve testimoniale respectivement offerte. C'est comme s'il n'y avait pas d'écrit, du moins d'écrit faisant foi entière. L'énonciation de la somme dans le corps du billet vaut ainsi simplement comme présomption de son exactitude, sauf preuve contraire de votre part, et sauf complément de preuve de la mienne. Mais, quant à la preuve testimoniale que je prétends administrer, elle n'est recevable que jusqu'à concurrence de la

somme de cent cinquante francs, au delà de laquelle elle est déclarée inadmissible, à moins qu'il n'existe d'ailleurs quelque exception aux prohibitions de la loi qui en autorise l'admission pour une somme supérieure.

25. Quant aux faits dont l'article 1341 prohibe la preuve testimoniale contre et outre le contenu d'un acte, ils doivent être simplement en contradiction avec les énonciations du titre, sans qu'il résulte de leur allégation aucune exception ou moyen qui se confonde en réalité, soit avec une déclaration d'inscription de faux, soit avec une dénégation ou non reconnaissance d'écriture et de signature. Si l'articulation des faits aboutissait purement et simplement à une contradiction de cette nature, la foi due à l'acte étant, dès lors, attaquée dans son principe, il y aurait lieu de procéder préalablement à la vérification du titre; et ce ne serait qu'après cette vérification faite que la double prohibition de l'article 1341 pourrait recevoir son application.

Les explications que nous donnons ici sont donc indépendantes de celles que nous avons déjà présentées sur la foi due aux actes authentiques ou privés, et sur leur vérification en justice, lorsqu'ils sont attaqués par la voie de l'inscription de faux, ou de la dénégation d'écriture et de signature. Cette observation elle-même prouve de plus en plus que notre article suppose que l'acte fait par lui-même complètement foi des énonciations qui sont contredites outre et contre sa teneur.

26. Telle est donc, en résumé, l'hypothèse à laquelle s'applique la double prohibition de l'article 1341 : L'acte public ou privé fait foi; son autorité probante n'est même pas autrement attaquée, seulement, l'une des parties prétend établir l'existence de certains faits qui en contredisent les énonciations, ou allègue qu'il a été fait avant, lors ou depuis la rédaction de l'acte, quelque convention particulière qui y a introduit des modifications et des changements. C'est dans ce cas que la loi déclare la preuve par témoins inadmissible. Si nous

avons insisté sur ce point, c'est qu'il est véritablement fondamental.

27. Quels sont maintenant les faits juridiques qui tombent sous l'application de l'article 1341? Il faut considérer comme tels, et conséquemment comme non susceptibles d'être prouvés par témoins, tous ceux qui, s'ils étaient prouvés, auraient pour conséquence immédiate et directe de changer, modifier, augmenter ou restreindre les droits et les obligations des parties, tels qu'ils sont constatés dans l'acte instrumentaire, qui a été rédigé précisément afin de les fixer et de les établir par écrit.

Vainement même la partie qui prétend prouver outre et contre la teneur de l'acte allèguerait-elle que l'existence avérée de la disposition ou convention rend vraisemblables les modifications et changements qu'elle articule. Il suffit qu'il s'agisse de clauses et conditions différentes qui ont pu et dû elles-mêmes être constatées par écrit, pour que la preuve testimoniale soit rejetée. Autrement, si l'acte attaqué, quelque claires et précises que fussent ses énonciations, pouvait jamais rendre vraisemblables les modifications et changements allégués, et fournir ainsi un commencement de preuve écrite à l'appui de la contradiction dont il est l'objet, on ne manquerait jamais de s'autoriser de son existence pour contredire sa teneur; et la loi aurait dès lors placé, à côté de ses prohibitions, un moyen facile de les éluder.

Par exemple, un billet ne contient aucune stipulation d'intérêts. Ce serait prouver contre et outre sa teneur que d'établir qu'il en est dû. La preuve testimoniale sera donc inadmissible. Cependant, on peut dire que l'existence avérée de la dette rend vraisemblable une stipulation d'intérêts. Mais cette vraisemblance cède devant le silence de l'acte, et le créancier a à s'imputer de ne pas les y avoir compris.

28. Citons quelques autres exemples.

La preuve testimoniale est irrecevable, conformément à

notre article, lorsqu'il est allégué que le prix d'une vente ou d'un bail est supérieur ou inférieur à celui qui est fixé dans l'acte;

Qu'un bail est fait pour une plus longue ou plus courte durée que celle qu'il énonce;

Qu'il a été résilié (1) ou prorogé verbalement avant l'expiration du temps fixé par écrit;

Que la vente comprend d'autres objets ou héritages que ceux qui y sont énumérés, ou ne doit pas les comprendre tous;

Qu'il a été fait à une convention antérieure des modifications et des changements verbalement arrêtés, qui ont eu pour conséquence de forcer l'entrepreneur de dépasser le délai fixé pour l'exécution de ses travaux (2);

Qu'il existe un terme ou une condition alors que l'acte établit le contrat comme étant pur et simple;

Ou réciproquement que l'obligation est pure et simple, quand l'acte énonce un terme ou une condition;

Que le délai de réméré a été prorogé verbalement (3);

Que des intérêts ne sont pas dus, quoique l'acte en contienne la stipulation formelle;

Ou qu'ils sont dus à un taux moindre ou plus élevé que celui indiqué dans le titre, ou depuis un temps plus ou moins long que celui qui est désigné;

Que, par suite d'une convention additionnelle et verbale, il n'existe qu'un cautionnement simple au lieu d'un cautionnement ou d'un engagement solidaire que le titre établit;

Qu'un certain lieu de payement a été fixé, alors que le titre de créance en détermine un différent ou n'en établit aucun;

Que la somme portée dans l'acte doit être réduite ou augmentée suivant une convention verbale (4);

(1) Cass., 27 janv. 1812. Sirey, 12, 1, 184.

(2) Cass., 18 mars 1842. Sirey, 42, 1, 797.

(3) Merlin, Rép., v° *Preuve*, sect. 2, § 3, art. 1, n° 23. — Cass., 2 nov. 1812. Sirey, 13, 1, 146.

(4) Cass., 12 mars 1860. Sirey, 60, 1, 793.

Que les parts des associés sont différentes de celles portées ans l'acte de société;

Qu'une somme due pour prêt, pour vente ou à tout autre tre, a été convertie en rente perpétuelle ou viagère (1).

Que l'acquéreur a pris à sa charge le bail non déclaré d'un mmeuble vendu comme libre (2).

29. Dans les divers exemples que nous venons de citer, les aits dont on offre la preuve sont tous en opposition formelle ivec la teneur de l'acte, soit qu'il s'agisse de son simple silence, ou de ses énonciations expresses. Mais il en est d'autres qui, sans contredire les constatations du titre, et sans prétendre y ntroduire des modifications et des changements, sont, cependant, de nature à exercer une influence plus ou moins considérable sur l'existence ou l'exécution des droits et obligations qu'il établit. Telles sont les allégations de remise de dette, ou de payement total ou partiel. La preuve testimoniale d'un semblable fait est-elle admissible? N'est-elle pas, au contraire, repoussée par le texte et par l'esprit de l'article 1341?

Pour établir que la preuve testimoniale n'est pas irrecevable dans ce cas, on dit que celui qui demande à prouver par témoins l'extinction totale ou partielle d'une obligation constatée dans un acte public ou privé, par suite d'une remise ou d'un payement, n'élève aucune prétention qui soit en opposition, en contradiction avec l'acte. Bien loin de l'attaquer, il convient, au contraire, de tout ce qui y est énoncé; il prend l'obligation telle qu'elle y est établie, sans y rien ajouter, restreindre ni modifier; il ne demande pas enfin à prouver contre son contenu. L'article 1341 n'est donc pas applicable à ce cas, et ses prohibitions ne s'opposent point à l'admission de la preuve testimoniale.

(1) Voy. POTHIER, *Oblig.*, nos 758 et suiv. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 720, 1re édit., et t. 8, p. 321, 4e édit. — FAVARD, Rép., vo *Preuve*, § 1, no 1. — DURANTON, t. 13, nos 331 et 336.

(2) Cass., 5 janv. 1874. SIREY, 74, 1, 156.

Telles sont les raisons sur lesquelles plusieurs auteurs (1) se fondaient, sous l'empire des ordonnances de 1566 et de 1667, pour admettre la preuve par témoins d'un fait de remise ou de payement, quoique l'obligation fût constatée par un acte public ou privé, bien entendu pourvu qu'il ne s'agît point d'une somme ou valeur excédant cent livres.

Toutefois, Pothier ajoute : « Cependant, je vois que, dans l'usage, soit par une mauvaise interprétation de l'ordonnance, soit pour quelque autre raison, on refuse la preuve testimoniale des payements d'une dette dont il y a un acte écrit. » Et Jousse (2) dit formellement que ce serait prouver contre et outre le contenu aux actes, si j'offrais de prouver par témoins que j'ai fait un payement au-dessous de cent livres, à compte sur une somme que je dois par contrat ou obligation sous signature privée. Il lui paraît que ce serait aller directement contre le texte de l'ordonnance, que d'admettre ces sortes de preuves.

La même controverse s'est continuée sous le Code civil. Les uns (3) admettent la preuve par témoins; les autres (4) la repoussent. Nous nous rangeons à cette dernière opinion, qui a prévalu, et non sans droit, dans la pratique des tribunaux.

On ne saurait contester que les prohibitions de l'article 1341 n'aient eu pour objet, comme nos anciennes ordonnances, de rassurer les citoyens sur leurs obligations et leurs droits, soit en accordant à la preuve littérale la prééminence qui lui est due, soit en excluant, en certains cas, la preuve testimoniale, dont l'expérience a démontré dans tous les temps l'incertitude et les dangers. Il ne faut pas perdre de vue cette pensée du

(1) Boiceau, p. 2, ch. 11. — Pothier, *Oblig.*, n° 764.

(2) Ordonnance de 1667, tit. 20, art. 2, n^te 4.

(3) Duranton, t. 12, n° 360, et t. 13, n°s 334 et 335. — Delvincourt, t. 2, p. 833. — Zachariæ, t. 5, p. 721, 1re édit., et t. 8, p. 322, 4e édit. — Bonnier, n° 92. — Marcadé, art. 1341, n° 5.

(4) Favard, Rép., v° *Preuve*, § 1, n° 7. — Merlin, Rép., v° *Preuve*, sect. 2, § 3, art. 1, n° 20.

gislateur. C'est ce même esprit qui animait Justinien, lors-'il défendit de prouver par témoins le payement de toute tte établie par titre. Il est bon de rappeler ici cette constition (1) :

« Voulant, autant que possible, arrêter les abus de la preuve stimoniale qui, très souvent, ment à la vérité, nous faisons voir à tous ceux qui se sont constitués débiteurs par acte rit, qu'ils ne seront pas facilement écoutés, lorsqu'ils vien-ont dire qu'ils ont payé tout ou partie de la dette sans retirer uittance écrite, et qu'ils voudront produire sur ce fait des moins vils et peut-être subornés, à moins qu'ils ne produisent nq témoins idoines, d'une moralité reconnue, qui aient sisté au payement, et qui déposent, sous la foi du serment, ue le payement a eu lieu en leur présence. Connaissant ces escriptions, que nul ne fasse autrement un payement total ı partiel, sans s'assurer la garantie d'une quittance écrite, ou .ns se ménager la preuve par témoins, comme il est dit ci-essus..... Que si la quittance vient à se perdre par naufrage, cendie ou tout autre cas fortuit, ceux qui auront pris cette récaution pourront, en prouvant la cause de l'accident, éta-ir par témoins le payement de la dette, et échapper ainsi ıx fâcheuses conséquences de la perte de la quittance. »

En rapportant cette constitution de Justinien, nous avons oulu seulement rappeler qu'il est bon de se prémunir contre s allégations de payements sans quittance, qui sont si fré-uentes en justice, et qui semblent avoir toujours été un des oyens les plus ordinaires de la chicane et de la mauvaise foi. nous paraît donc déjà résulter de l'esprit de la loi, que les ispositions de l'article 1341, aussi bien dans la seconde partie ue dans la première, s'appliquent aux quittances simplement erbales.

Quant à son texte, il est conçu, on ne saurait le contester, ans les termes les plus généraux. Et quand on vient établir

(1) L. 18, C. *De testib.*

une distinction entre les faits qui contredisent directement formellement les énonciations de l'acte, et ceux qui, comm une remise ou un payement, sont seulement destinés à exerc quelque influence sur l'existence et l'exécution des droits obligations que l'acte constate, nous disons qu'une semblab distinction est plus subtile que sensée. On dit en vain que preuve de la remise ou du payement ne tend pas à établir q l'acte est inexact ou mensonger dans ses énonciations; qu conséquemment, cette preuve ne se fait pas outre et cont son contenu. N'aboutit-elle pas au même résultat que celle q aurait pour objet d'établir qu'il a été convenu, quoique l'ac ne l'énonce, pas, que le montant de la dette devait être rédu à telle somme, ou ne pas être exigé du tout? Si le résultat e le même, pourquoi la preuve testimoniale ne serait-elle pa prohibée également dans un cas comme dans l'autre?

Si elle était permise lorsque les prétentions du débiteur s formulent dans une allégation de remise ou de payement, cett faculté accordée ouvrirait la porte à la fraude, en indiquant l voie détournée qu'il convient de prendre pour éluder les proh bitions de la loi. Il est impossible d'admettre que le législateu qui a rédigé ses prescriptions dans les termes les plus géné raux, ne l'ait pas fait pour empêcher de faire indirectement c qu'il est défendu de faire, on le reconnaît, d'une manièr directe. Contre les mêmes dangers, il a dû prendre les mêm précautions. Loin de la contredire, le texte de l'article 134 confirme lui-même cette interprétation; car c'est, en définitiv prouver contre et outre les énonciations d'un acte qui constat une dette de mille francs, que d'offrir la preuve d'une remis ou d'un payement qui la réduirait à neuf cents francs seul ment. On ne peut donc, à moins qu'on ne se trouve dans u cas d'exception, se prévaloir contre un titre public ou privé qu de quittances ou de remises écrites, si le titre même n'a ét remis (1), ou s'il ne s'agit d'une dette commerciale, auquel ca

(1) Voy. art. 1282, n° 13.

payement peut être prouvé par témoins, soit par le débiteur ur établir sa libération, soit par le créancier (1) pour établir e interruption de prescription.

30. Du reste, dans l'opinion même de ceux qui admettent la euve testimoniale sur le fait d'un payement ou d'une remise, oique l'obligation soit constatée par écrit, et que, considérée ns son entier, elle dépasse la somme de cent cinquante francs, faut, pour que cette preuve soit admissible, qu'il s'agisse ne remise ou d'un payement pour une somme ou valeur qui xcède point cette somme. Elle serait irrecevable s'il s'agisit d'une valeur ou somme supérieure, d'après les premières spositions de l'article 1341 ; et s'il était question de plusieurs yements partiels qui, réunis, excédassent cette somme, la euve par témoins serait encore repoussée par l'article 1345 (2).

31. Il est enfin hors de doute que s'il était allégué que la mise ou le payement prétendu ont été l'occasion d'une ovation quelconque ou de la création d'un contrat nouveau différent, toute preuve testimoniale serait inadmissible. Car serait prouver contre et outre la teneur de l'acte. On rentre ors pleinement dans la prohibition de l'article 1341 (3).

32. Ce que nous venons de dire des payements faits par la rtie obligée elle-même, s'applique également aux payements its par un tiers qui prétendrait avoir payé, conformément l'article 1236, une somme quelconque en l'acquit du débiur.

33. Mais l'article 1341 est inapplicable lorsqu'il s'agit simlement de prouver certains faits dont l'existence est alléguée omme moyen d'interpréter les énonciations de l'acte, et d'expliquer la volonté des parties. Bien loin qu'il soit alors question

(1) Montpellier, 31 août 1850. Sirey, 50, 2, 584.
(2) Pothier, *ibid.* — Duranton, *ibid.* — Zachariæ, *ibid.*, n° 8. — ass., 5 fév. 1812. Sirey, 12, 1, 288.
(3) Zachariæ, *ibid.*

de prouver contre et outre le contenu de l'acte, on ne fait qu'e déterminer avec plus de précision le sens et la portée. Il e d'ailleurs à remarquer que le titre lui-même, en rendant plu ou moins vraisemblables les faits dont la preuve est offert établit, le plus souvent, un commencement de preuve par écr de nature à fonder, ainsi que nous l'expliquerons bientôt, un exception aux prohibitions de l'article 1341 (1).

C'est ainsi que le donateur ou acquéreur, même en vue d fonder la prescription de dix ou vingt ans, est recevable prouver par témoins qu'un héritage, dont le contrat ne fait pa mention, dépendait du domaine qui lui a été vendu ou donn sans énumération ni désignation des parcelles (2).

34. Il en est de même de la preuve de tous faits qui, n'ayan point fait dans l'acte l'objet d'une clause ou stipulation part culière, sont allégués comme étant de nature à fixer l'étendu et la portée des droits et obligations résultant du contrat. Tel sont, par exemple, les faits qui, en matière de louage, son relatifs à l'état des lieux, la consistance du mobilier, la valeu du cheptel, l'étendue de l'ensemencement. Ils sont, dans l silence de l'acte, susceptibles d'être établis au moyen de l preuve testimoniale.

35. Ce n'est pas enfin prouver contre et outre la teneur d l'acte, que d'établir, à l'égard de tiers qui n'y figurent point l'existence de faits et d'actes qui leur sont personnels, tels que leur accession comme cautions simples ou solidaires. Comme ils n'ont point été parties dans l'acte instrumentaire, ils n peuvent se prévaloir de son silence ou de ses énonciations.

Il en est de même lorsqu'il s'agit d'établir un consentement une adhésion, une autorisation de leur part, lesquels actes son

(1) Rodier, Ordonnance de 1667, tit. 20, art. 2, *Quest.* 1, n° 8. — Zachariæ, t. 5, p. 722, 1re édit., et t. 8, p. 322, 4e édit.

(2) Cass., 23 janv. 1837. Sirey, 37, 1, 110. — 31 janv. 1837. Sirey, 37, 1, 522.

iles ou nécessaires pour assurer envers eux l'efficacité de la
onvention, ou couvrir l'incapacité personnelle du mineur ou
 la femme mariée, qui ont seuls été parties au contrat. Toute-
is, ces faits des tiers devront eux-mêmes être établis suivant
s premières dispositions de l'article 1341, c'est-à-dire que
 preuve testimoniale en sera ou non admissible, suivant que
 chose qui fait la matière du contrat n'excède pas ou excède
 somme ou la valeur de cent cinquante francs.

L'hypothèse d'un mandat nous en fournit un nouvel exem-
le. Je suis, en vertu d'un titre, votre créancier d'une somme
upérieure à cent cinquante francs, et je donne mandat à un
ers de recevoir cette somme. A l'égard du mandataire qui,
onsidéré comme tel, est un autre moi-même, vous ne serez
as plus admis que contre moi, mandant, à établir par témoins
e payement que vous prétendez avoir effectué, fût-il même
nférieur à cent cinquante francs. Mais vous serez parfaitement
ecevable à prouver de cette manière, contre lui, que vous lui
vez compté une somme de cent cinquante francs, à la charge
ar lui de m'en rendre compte, sans qu'on puisse vous opposer
ue vous prétendez administrer une preuve testimoniale contre
t outre la teneur de mon titre. En effet, le débat s'agite dès
ors tout entier entre vous et mon mandataire, sans qu'il puisse
en rien modifier mes droits à votre égard ; et, quant au fait
juridique qui est intervenu entre vous et lui, comme il présente
un intérêt qui ne dépasse pas cent cinquante francs, la preuve
testimoniale en est régulièrement admissible. Vous pourrez
ainsi vous prévaloir du payement effectué, sans quittance,
entre les mains de mon mandataire, non pas pour me l'oppo-
ser, mais seulement pour fonder, en cas de poursuites de ma
part, un recours en garantie contre celui qui a reçu de vous.
A plus forte raison en sera-t-il ainsi à l'égard du tiers qui,
n'ayant aucun mandat de ma part, a touché de vous, à la charge
de m'en rendre raison, un à-compte n'excédant pas cent cin-
quante francs.

36. Comme l'ordonnance de 1667, l'article 1341 dispose, sans

préjudice de ce qui est prescrit par les lois relatives au coı merce. Il est donc inapplicable aux matières commerciales; de là cette conséquence, que la preuve testimoniale y e admissible, en règle générale, quand même le fait juridiqı qu'il s'agit de prouver présente un intérêt supérieur à ce cinquante francs, et qu'elle est même recevable contre outre le contenu aux actes, et sur ce qui est allégué avoir é dit, avant, lors ou depuis l'acte, de quelque somme ou valeı qu'il s'agisse.

Ce principe ne saurait souffrir la moindre difficulté (1); e si le texte de l'article 1341 semble le réserver seulement, le Cod de commerce le consacre de la manière la plus incontestabl Il dispose, en effet, article 109, que les achats et ventes s prouvent par la preuve testimoniale. Or, comme dans le com merce tout aboutit, en définitive, à des achats et ventes, et qu ces négociations forment au moins la grande masse et comm le type de ses opérations, admettre à cet égard la preuve tes timoniale, c'est, alors même qu'il n'est allégué ni dol, ni fraude l'admettre en règle générale et sauf quelques exceptions par ticulières, telles que celles relatives aux sociétés (39, 40, 41 autres que les associations en participation, qui se prouven par témoins (49); à la vente de tout ou portion d'un navir (195); au contrat d'affrètement (273); au contrat à la gross (311); au contrat d'assurance (332) autres que ceux qui n présentent qu'un caractère civil, tels que les contrats d'assurance mutuelle (2), qui ne doivent point, en conséquence, être régis par la loi commerciale. Mais, pour tous les cas non formellement exceptés, l'admission de la preuve par témoins est de droit commun, en matière de commerce, de quelque somme et valeur qu'il s'agisse (3).

(1) *Contrà*, Bonnier, n° 93.

(2) Troplong, *Société*, n° 343. — Delangle, *Société*, n° 33. — Caen, 24 juin 1844. Sirey, 45, 2, 145.

(3) Toullier, t. 9, n°s 230 et suiv. — Pardessus, *Droit commercial*, t. 2, n° 262. — Duranton, t. 13, n°s 340 et suiv. — Favard,

37. Quant au second point, il n'est pas plus douteux. Si l'ar- cle 41, C. comm., dispose qu'aucune preuve par témoins ne eut être admise contre et outre le contenu dans les actes de ociété, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou epuis l'acte, encore qu'il s'agisse d'une somme au-dessous e cent cinquante francs, cette disposition, spéciale pour les ctes de société, est une exception qui confirme la règle (1). eu importe même que l'acte soit public ou privé, sauf, si acte est public, l'observation des règles particulières à l'ins- ription de faux.

Il n'y a même pas à faire de distinction pour le cas où le titre onsiste en un jugement de condamnation. Le débiteur ne aissera pas d'être recevable à établir par témoins qu'il a payé a totalité ou partie de la dette, et le créancier aura le même droit, afin d'éviter toute déchéance. Les jugements n'ont pas, en effet, pour résultat de changer le caractère commercial de l'obligation, puisqu'ils ne font que déclarer les droits préexis- tants, sans les créer (2).

38. Les tribunaux de commerce ont ainsi, quant à l'admission de la preuve testimoniale, un pouvoir plus étendu que les tri- bunaux civils. Ils ne sont pas gênés par les mêmes restrictions. Il suffit qu'ils jugent qu'elle peut être admise (49, C. comm.), qu'ils croient devoir l'admettre (109, C. comm.), pour qu'elle soit accueillie. Comme la loi commerciale n'apporte point à

Rép., v° *Preuve*, § 1, n° 9. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 723, 1re édit., et t. 8, n° 324, 4e édit. — MARCADÉ, art. 1348, n° 7. — Cass., 11 nov. 1813. SIREY, 15, 1, 197. — 14 fév. 1827. SIREY, 28, 1, 233. — 26 mai 1829. SIREY, 29, 1, 218. — 2 janv. 1843. SIREY, 43, 1, 428. — 13 juillet 1868. SIREY, 68, 1, 363. — 8 juillet 1879. SIREY, 81, 1, 317.

(1) TOULLIER, ZACHARIÆ, *ibid.* — Cass., 10 juin 1835. SIREY, 35, 1, 689. — 11 juin 1835. SIREY, 35, 1, 623. — 10 avril 1860. SIREY, 60, 1, 901.

(2) Cass., 6 avril 1841. SIREY, 41, 1, 709. — 10 juillet 1866. SIREY, 66, 1, 380. — 25 août 1880. SIREY, 81, 1, 109. — 7 janvier 1885. Encore inédit. — *Contrà*, PARDESSUS, t. 2, n° 263. — TOULLIER, t. 9, n° 235.

son admission les mêmes restrictions et prohibitions que la lo civile, ils sont investis d'un pouvoir véritablement discrétionnaire, soit pour l'admettre, soit pour la rejeter, suivant leur conviction personnelle, basée sur l'appréciation des faits et circonstances de la cause.

Ce n'est pas cependant que, dans ce travail d'appréciation souveraine, qui ne peut s'attacher qu'à la pertinence ou à la vraisemblance des faits offerts en preuve, leurs pouvoirs diffèrent en réalité de ceux des tribunaux civils, dans les divers cas où ces derniers sont autorisés à admettre et, par suite, également à rejeter, suivant les circonstances, la preuve testimoniale. Car, du moment que la preuve par témoins est admissible, les règles auxquelles est soumis l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui est alors attribué aux uns et aux autres, sont uniquement des règles de logique et de bon sens; et on ne saurait établir entre elles aucune distinction raisonnable et fondée. Dans le cas où la preuve testimoniale est admissible aussi bien devant les tribunaux civils que devant les tribunaux de commerce, il importe peu de savoir si les uns l'admettent par exception et les autres par règle générale. Son admissibilité, soit qu'elle existe de droit ou d'exception, n'aboutit, après tout, qu'à la faculté de l'admettre ou de la rejeter, faculté sur l'exercice de laquelle la nature civile ou commerciale de la juridiction saisie ne peut avoir aucune influence. Soit donc qu'ils en usent en vertu des principes du droit civil ou du droit commercial, la question d'admissibilité étant ainsi résolue, il ne leur reste qu'à apprécier, suivant les faits et circonstances de la cause, la pertinence et la vraisemblance des faits dont la preuve testimoniale est offerte.

Mais, de ce que les restrictions et prohibitions de l'article 1341 sont inapplicables en matière commerciale, on ne peut conclure qu'à cette faculté illimitée de recevoir la preuve par témoins correspond, comme une sorte de contrepoids, la faculté également illimitée de la rejeter, en vertu d'un pouvoir discrétionnaire et souverain d'appréciation, plus étendu que

-lui dont les juges civils sont appelés à user seulement dans s cas particuliers où la preuve testimoniale est déclarée lmissible. On ne peut donc distinguer, à l'égard des tribunaux : commerce, les cas où ils admettent la preuve par témoins, ı vertu des principes particuliers de la législation commer-ale, de ceux où ils pourraient l'admettre même en vertu des incipes ordinaires du droit civil. On ne saurait enfin raison-ıblement prétendre, sur le fondement de cette distinction bitraire, que si la preuve est autorisée par les principes du oit civil, lorsqu'il s'agit, par exemple, d'une somme n'excé-ınt pas cent cinquante francs, ils doivent l'admettre, et ne euvent la rejeter qu'à raison de la non pertinence ou de l'in-raisemblance des faits allégués; tandis que si elle est admise 'après les règles du droit commercial, ils ont la faculté de la ejeter, quand même les faits articulés sont pertinents et vrai-emblables, si les circonstances de la cause leur semblent urnir des éléments suffisants de conviction (1).

39. Pourquoi cette différence, quant à l'admissibilité de la reuve par témoins, entre la législation civile et la législation ommerciale? Pourquoi cette liberté illimitée en matière de ommerce, en présence des prohibitions de la loi civile? Ce 'est pas, sans doute, que le caractère commercial des faits sur esquels ils sont appelés à déposer, doivent exercer une influence écisive sur la véracité des témoins et la bonne foi des plai-eurs. Ce n'est pas non plus parce que l'équité et la bonne foi ont, comme on dit, l'âme du commerce et les grands principes uivant lesquels toute contestation en matière commerciale oit être décidée. Elles ne sont pas moins nécessaires dans les elations ordinaires de la vie civile, et il serait étrange qu'on n fît, à l'exclusion de celles-ci, la règle et le fondement des elations commerciales. La justice et la vérité protestent contre ne semblable prétention.

(1) Voy. cep. DURANTON, t. 13, n° 341. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 725 et 726, te 5, 1re édit., et t. 8, p. 326, 4e édit., où la note 5 n'est pas reproduite.

La différence des deux législations repose sur d'autres pri cipes. Elle tient surtout à la façon dont se traitent les affair commerciales, soit verbalement, soit par correspondance, d manière que le plus souvent les parties ne peuvent en dress acte. La nécessité d'un acte écrit répugne aux habitudes d commerce, aux conditions de ses opérations, à la rapidité d son mouvement, à la multiplicité de ses négociations. Si le restrictions et prohibitions de l'article 1341 lui étaient appli cables, il deviendrait impossible pour la grande masse de citoyens illettrés qui l'exercent. Les négociants et commerçan ne seraient même pas les seuls à en subir les inconvénients les clients eux-mêmes auraient à en souffrir dans leurs rel tions avec eux. Le commerce serait ainsi atteint des deux côté dans son exercice. D'autre part, les opérations commerciale sont en général simples, peu compliquées, d'une solution facile et, dès lors, la preuve testimoniale offre moins de danger Ajoutons que la correspondance des parties et leurs livres d commerce fournissent des éléments précieux qui contribuen à la manifestation de la vérité. Nous disons enfin que la diffé rence des deux législations est aujourd'hui passée dans les habi tudes et dans les mœurs, et que toute innovation qui aurai pour objet de généraliser les dispositions de l'article 1341 amènerait à l'instant même une perturbation à laquelle suc comberait toute activité commerciale. On n'y a jamais songé

40. Souvent le fait juridique n'a de caractère commercia qu'à l'égard d'une seule partie, tandis qu'à l'égard de l'autr il est purement civil. Dans ce cas, il convient d'appliquer, soi les principes de la loi civile, soit ceux de la loi commerciale suivant la qualité du fait par rapport à la personne contr laquelle la preuve est offerte. La preuve testimoniale sera don admissible contre celui envers lequel l'acte a un caractère com mercial, tandis qu'elle devra être rejetée, si elle est offert contre celui vis-à-vis duquel l'acte a un caractère civil.

Ainsi, je traite avec un négociant, sans faire personnellemen

un acte de commerce; la preuve testimoniale sera admis-e de ma part; car il ne peut se plaindre que la contestation décidée par la législation commerciale qui régit l'acte par port à lui. Mais il ne pourra réciproquement proposer le ne genre de preuve contre moi, par ce que l'acte est à mon rd purement civil; et soumis, en cette qualité, aux disposi-s de l'article 1341 (1).

1. Ce que l'on doit considérer, ce n'est pas la nature de la diction saisie, mais le caractère essentiel de l'acte. S'il n'est commercial de sa nature, il importe peu que le tribunal de imerce en soit saisi. L'acte n'en conserve pas moins son ictère purement civil; l'exception, quant à l'admissibilité a preuve testimoniale, cesse dans ce cas, et les dispositions hibitives de l'article 1341 conservent toute leur force (2). éciproquement, si le fait est commercial de sa nature, et la contestation ait été portée devant le tribunal civil, la ıve testimoniale ne laissera pas d'être admissible.

2. On s'est demandé si les conventions faites dans les foires aarchés doivent être comprises dans les dispositions de e article. La même question a été soulevée sous nos ennes ordonnances. Nous supposons que ces opérations ne tituent point, à l'égard des parties, des actes de commerce; elles seraient, si elles avaient ce caractère, régies par la loi merciale. Il s'agit donc de faits ayant un caractère pure-t civil, tels que ventes et achats de bestiaux entre proprié-es, qui ne font ainsi aucun acte de commerce.

semble bien rigoureux d'appliquer, dans ce cas, les dis-tions de l'article 1341. De semblables conventions, faites s les foires et les marchés, ne peuvent guère se conclure verbalement, et il paraît impossible aux parties, soit d'en ser acte sur-le-champ, soit de recourir au ministère d'un

(1) Cass., 19 nov. 1862. Sirey, 63, 1, 29. — Rouen, 8 mars 1878. r, 78, 2, 247.

(2) Douai, 6 août 1851. Sirey, 51, 2, 806.

officier public (1). Aussi, Pothier (2) hésitait-il à les soumet
aux dispositions des ordonnances, et ne les y soumettait-il c
parce qu'il n'est pas trop difficile d'appeler un notaire, si
parties ne savent pas écrire : c'est le mot qu'il emploie.

Quelque rigoureuse que cette opinion puisse paraître, n
croyons qu'il n'y a point lieu d'appliquer d'exception dans
cas, ni celle relative aux actes de commerce, puisque la c
vention n'a aucun caractère commercial; ni celle de l'arti
1348, parce qu'il n'a pas été impossible aux parties de se p
curer une preuve littérale. Nous ajoutons que, entre propr
taires, ces sortes de marchés se font en général au compta
et que, dans le cas contraire, si le créancier s'en rapporte à
foi de l'autre, la publicité qui a présidé à l'acte est elle-mê
une garantie de l'exécution du contrat. Aussi, la pratiq
offre-t-elle peu de contestations à ce sujet (3).

Nous n'exceptons même pas les sociétés faites en foires, p
affaires de foires, entre propriétaires ou cultivateurs (4), al
du moins qu'elles n'ont aucun caractère commercial.

Article 1342.

La règle ci-dessus s'applique au cas où l'action contie
outre la demande du capital, une demande d'intérêts q
réunis au capital, excèdent la somme de cent cinqua
francs.

Sommaire.

1. L'évaluation de la chose se fait d'après un double principe. In
rêts.

(1) Jousse, Ordonn. de 1667, tit. 20, art. 4. — Rodier, *ibid.*, art
Quest. 4.

(2) *Oblig.*, n° 753.

(3) Danty, sur Boiceau, P. 1, ch. 9, n° 4. — Bourges, 23 fév. 18
Sirey, 43, 2, 50. — Cass., 25 avril 1853. Sirey, 53, 1, 368.

(4) Troplong, *Société*, n° 199.

En vain on demanderait séparément les intérêts et le capital.
Même chose de la clause pénale stipulée pour simple retard.
Secùs, des dommages et intérêts pour retard,
Ou inexécution.
La valeur de la chose doit seule être prise en considération.

COMMENTAIRE.

1. Les dispositions relatives à la preuve testimoniale, dont us présentons ici le commentaire, ne s'appliquent qu'aux uls faits juridiques contractuels d'où résultent nécessaire-ent et immédiatement des obligations et des droits. Mais ce incipe une fois posé, il reste à déterminer, d'après la valeur l'objet, si la somme de cent cinquante francs, au delà de quelle la preuve testimoniale est inadmissible, est ou non passée. Cette appréciation repose elle-même sur un double incipe, dont les articles qui suivent contiennent le développ-ment.

1° L'on doit prendre en considération, non l'intérêt de la ntestation actuelle, mais la valeur de l'objet qui forme le jet du fait juridique dont l'existence est alléguée;

2° La valeur de cet objet doit en outre être appréciée, non ulement eu égard à la prestation principale, mais encore eu ard aux accessoires qui s'y ajoutent et aux conséquences e l'on prétend en tirer.

Notre article renferme l'application de cette dernière règle. porte que les dispositions de l'article 1341 s'appliquent au s où l'action contient, outre la demande du capital, une mande d'intérêts qui, réunis au capital, excèdent la somme cent cinquante francs. La valeur du fait qui a fait le sujet la convention se compose ainsi de la valeur cumulée du incipal et des intérêts stipulés et échus au moment de la mande. Alors donc que cette valeur dépasse cent cinquante ncs, il est exact de dire qu'elle excède la somme au delà de quelle la preuve testimoniale est inadmissible.

Ce mode de supputation est tout à fait conforme à la nature

du contrat; car si, au moment de sa formation, il ne présent pas une valeur de cent cinquante francs, il était dans ses eff nécessaires et prévus de la dépasser, au moyen de l'accum lation éventuelle des intérêts stipulés. Le créancier n'ava d'ailleurs, qu'à demander son remboursement ou un acte éc avant que sa créance eût excédé la somme au delà de laque la preuve testimoniale est devenue inadmissible.

2. Vainement il chercherait à éluder les dispositions de l'a ticle 1342, en divisant les éléments de sa créance et en dema dant séparément, soit les intérêts, soit le capital, qui n'excède ni l'un ni l'autre la somme de cent cinquante francs. Les articl 1344 et 1345 feraient repousser ses prétentions. Et si, sur u demande isolée des intérêts, il avait réussi à surprendre u jugement de condamnation, sa demande ultérieure en pay ment du principal devrait être écartée (1346) (1).

3. Les mêmes règles s'appliquent au cas où une clause péna ayant été stipulée pour simple retard, le créancier peut dema der, conformément à l'article 1229, en même temps, le pri cipal et la peine. La preuve testimoniale sera admissible suiva que la valeur du principal, réunie à celle de la peine, n'exc dera pas ou excèdera la somme de cent cinquante francs (2

L'exigibilité de la clause pénale résulte, en effet, directeme de la convention, et elle est entrée, comme chef accessoire, dan la stipulation formelle des parties. La convention a ainsi pr senté dès le principe, dans une éventualité prévue, une valeu excédant cent cinquante francs. Dès lors, les parties, ont co trevenu à l'article 1341 en ne faisant pas rédiger un acte écri de leur convention.

4. Mais il en est autrement du cas où le créancier joint à l demande de l'objet principal une demande de dommages et in térêts, pour simple retard dans l'exécution de l'engagement

(1) Zachariæ, t. 5, p. 709, nte 28, 1re édit., et t. 8, p. 310, 4e édit
(2) Zachariæ, t. 5, p. 710, 1re édit., et t. 8, p. 311, 4e édit.

uel que soit le chiffre des dommages et intérêts réclamés, il e doit point être réuni à la valeur de l'objet principal. Cette ernière seule doit être considérée, indépendamment des domnages et intérêts; et la preuve testimoniale est rejetée ou dmise, suivant qu'elle dépasse ou non la somme de cent cinuante francs (1).

C'est que, à la différence de la clause pénale, les dommages t intérêts sont dus uniquement en vertu de la loi générale du ontrat, et nullement comme conséquences d'une stipulation ormelle des parties. S'ils sont entrés, comme éventualité simle, dans leurs prévisions, du moins elles n'en ont pas fait le ujet d'une clause spéciale et expresse, qui en détermine le nontant à l'avance et à forfait. Sous tous les rapports, ils subistent donc, en dehors de l'objet principal qui fait la matière e la convention, comme conséquences de faits purs et simples l'égard desquels la preuve testimoniale est toujours admisible.

5. Ce que nous disons des dommages et intérêts réclamés our cause de simple retard, il convient de l'appliquer égalenent au cas où ils sont demandés pour inexécution réelle des ngagements, soit totale ou partielle. La seule valeur à considérer est toujours celle de la chose qui faisait la matière de la onvention; et, quant aux dommages et intérêts, quel qu'en oit le chiffre, ils ne sauraient être pris en considération sur a question de savoir si la preuve testimoniale doit être admise u rejetée. Car le rejet de cette preuve n'étant que la sanction les dispositions qui exigent un écrit pour constater les conentions dont l'objet excède une certaine valeur, il serait tout fait injuste d'infliger cette peine à la partie qui, traitant de hoses d'une valeur moindre, n'a à se reprocher aucune conravention.

Réciproquement, la preuve testimoniale ne pourrait être

(1) ZACHARIÆ, *ibid.*

invoquée si, les choses sur lesquelles il a été traité excédant l
valeur de cent cinquante francs, les dommages et intérê
réclamés pour inexécution étaient d'une somme moindre. Pe
importerait même que le demandeur alléguât qu'il est interven
une convention ultérieure par laquelle le prétendu débiteur s'
serait engagé. Ce ne serait là qu'un moyen d'éluder les proh
bitions de la loi. Mais il en serait autrement si, l'existence d
la convention étant avouée, le débiteur se bornait à conteste
qu'il se fût engagé, par un traité spécial, à payer, à titre d
dommages et intérêts, une somme n'excédant pas cent cir
quante francs.

6. De ces observations particulières, nous déduisons, comm
conséquence générale, la confirmation d'un principe déjà posé
et dont nous retrouverons plus loin l'application. C'est que l
loi ne subordonne point l'admissibilité de la preuve testimo
niale à la double condition que ni la somme réclamée, ni l
valeur de l'objet de la convention n'excèdent point le chiffr
de cent cinquante francs; il suffit que cette dernière ne l'excèd
pas : c'est que, d'autre part, elle ne subordonne point le reje
de la preuve testimoniale à la condition que la somme récla
mée dépasse cent cinquante francs. Le montant de la réclama
tion peut, au contraire, être d'une valeur moindre, et il suffit
pour que cette preuve soit rejetée, que la valeur de la chos
qui a fait la matière du fait juridique contesté, excède l
somme de cent cinquante francs. C'est-à-dire enfin que cett
dernière valeur est la seule qui doive être prise en considéra-
tion.

Article 1343.

Celui qui a formé une demande excédant cent cinquante francs ne peut plus être admis à la preuve testimoniale, même en restreignant sa demande primitive.

Article 1344.

La preuve testimoniale, sur la demande d'une somme

même moindre de cent cinquante francs, ne peut être admise lorsque cette somme est déclarée être le restant ou faire partie d'une créance plus forte qui n'est point prouvée par écrit.

Sommaire.

1. Article 1343.
2. Injuste critique de ses dispositions.
3. Le demandeur ne peut restreindre ses conclusions, sauf le cas d'erreur.
4. Examen d'un passage de Pothier.
5. Suite. L'article 1343 ne s'applique pas aux dommages et intérêts.
6. Distinction admise, autrefois rejetée.
7. Ce qu'on doit entendre par demande formée.
8. Conclusions inférieures à cent cinquante francs, puis augmentées, enfin réduites.
9. Article 1344. Il prévoit une hypothèse particulière.
10. Il s'applique même au cas où le créancier demande tout ce qui lui est dû,
11. Ou séparément les intérêts sans le capital,
12. Ou bien enfin la part virile de chaque obligé solidaire.
13. Il s'applique au cas où le juge reconnaît que la demande embrasse une chose qui est le reste ou fait partie d'une créance excédant cent cinquante francs.
14. Doctrines relâchées des auteurs en général.
15. *Quid,* si le demandeur offre de prouver une reconnaissance particulière ?
16. Distinction pour le cas où il y a novation suivant les articles 1271 et 879.
17. *Quid,* si sur un prix de vente excédant cent cinquante francs, il a été payé comptant une somme qui réduit la dette à un chiffre inférieur ?
18. Suite. Distinction. Cas où il s'agit de contrats séparés.
19. Suite.
20. Comment l'article 1344 s'appplique au cautionnement.
21. Observation sur les moyens souvent présentés par le défendeur.

COMMENTAIRE.

1. Le législateur moderne a attaché une telle importance aux prohibitions qu'il a édictées touchant la preuve testimo-

niale, qu'il a pris en même temps les précautions les plus minutieuses pour en assurer l'exécution, en déjouant les ruses et les fraudes des plaideurs.

Une des manœuvres les plus vulgaires consiste à réduire, comme pis-aller, sa demande à une somme qui n'excède point celle au delà de laquelle la preuve testimoniale est inadmissible. Vainement on l'essaya sous nos anciennes ordonnances; elle fut déjouée par les tribunaux (1).

Le Code civil en a aujourd'hui une disposition expresse. « Celui qui a formé une demande excédant cent cinquante francs ne peut plus être admis à la preuve testimoniale, même en restreignant sa demande primitive » (1343).

2. On a accusé cette disposition d'une excessive rigueur, en prétendant qu'elle ne permettait même pas à la partie qui s'était trompée de corriger ses conclusions et de réparer son erreur ; qu'elle n'est fondée sur aucun motif sérieux, puisque, dans l'esprit même de la loi, qui admet la preuve testimoniale jusqu'à cent cinquante francs, il n'y a plus à craindre la subornation possible des témoins, aussitôt que l'intérêt du litige est réduit à cette somme (2).

Si cette dernière considération était fondée, il faudrait la généraliser, et soutenir, en conséquence, que le législateur a été excessif dans ses prohibitions ; qu'il aurait dû, ne considérant que l'importance du débat, et sans s'arrêter à la valeur intrinsèque du fait qui forme la matière de la convention, ne rejeter la preuve testimoniale que dans les cas où l'objet de la demande dépasse la somme de cent cinquante francs. Mais il a fait justement le contraire. Pourquoi ? Nous l'avons déjà dit : Si la preuve par témoins n'est admise que dans certains cas, et comme par exception, ce n'est pas seulement parce que la subornation est d'autant plus à craindre que l'intérêt du débat

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 754. — Jousse, Ordonn. de 1667, tit. 20, art. 5.

(2) Toullier, t. 9, n°s 42 et 43.

peut en fournir les frais; c'est encore, ainsi que le législateur s'en est expliqué lui-même, pour éviter la multiplicité des procès et les involutions de procédure.

Quant à cette autre considération, que l'article 1343 empêche la partie de réparer son erreur et de ramener le chiffre de ses conclusions à la vérité de son droit, cette considération manque même de base. On ne saurait, en effet, sérieusement contester que le demandeur ne puisse établir que ses conclusions n'ont été exagérées que par suite d'une erreur de fait. Il pourra, dès lors, les rectifier et les réduire, sans qu'on puisse lui opposer les dispositions irritantes de l'article 1343 (1).

Vainement M. Toullier oppose l'article 1352, dont il accommode le texte à son opinion. Sans doute, nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice. Mais cette disposition ne saurait être étendue au cas où la loi se borne, sans annuler l'acte ni sans dénier l'action, à rejeter comme inadmissible un certain genre de preuve. La partie peut toujours établir que le fait sur lequel seul on fonde l'inadmissibilité de la preuve, n'a aucune existence, et que sa reconnaissance prétendue est, de sa part, le résultat d'une erreur. Elle est donc fondée à prouver, nonobstant les conclusions de sa demande originaire, qu'elle a exagéré par erreur le montant de ce qui lui était dû, en le portant à un chiffre qui, supposé exact, rendait inadmissible la preuve testimoniale.

3. Mais lorsque le demandeur ne justifie d'aucune erreur de sa part, le chiffre de sa demande détermine l'évaluation du fait juridique qui forme la matière du débat. Il en résulte que ce fait est présumé être, d'après la propre fixation de la partie, d'une valeur excédant cent cinquante francs. Il lui est, en conséquence, interdit de réduire ses conclusions primitives en vue de faire admettre la preuve testimoniale.

(1) Zachariæ, t. 5, p. 706, 1re édit., et t. 8, p. 308, 4e édit. — Marcadé, art. 1344, n° 2.

Il n'y a, à cet égard, aucune distinction à faire entre les conventions qui ont pour objet une somme d'argent, ou tout autre chose d'une valeur indéterminée. Nous devons, toutefois, présenter ici quelques observations sur une opinion de Pothier (1), qui offre quelque chose d'inexact au moins dans les termes.

4. « Lorsqu'une personne, dit-il, demande des dommages et intérêts qu'il prétend lui être dus, pour l'inexécution d'une convention verbale, de faire ou de ne pas faire quelque chose, et qu'il est incertain si la valeur de ces dommages et intérêts soit ou non à une somme de cent livres (aujourd'hui cent cinquante francs), le demandeur, pour être admis à la preuve testimoniale de la convention dont l'inexécution donne lieu aux dommages et intérêts prétendus, doit restreindre sa demande, pour lesdits dommages et intérêts, à une somme certaine qui n'excède pas celle de cent livres; il doit même la restreindre d'abord, car s'il avait d'abord conclu à une somme plus grande, ayant reconnu lui-même que l'objet de la convention excédait cent livres, et que la convention était, par conséquent, comprise dans la disposition de l'ordonnance, il ne serait pas, en se restreignant par la suite, recevable à offrir la preuve testimoniale. » Et il cite un arrêt du 17 décembre 1638 qui exclut de la preuve testimoniale un tailleur qui, après avoir demandé à une veuve deux cents francs pour fournitures d'habits faites à son mari, offrait de prouver par témoins, en restreignant sa demande à cent livres, que cette veuve avait répondu de la dette.

Cet exemple particulier fait parfaitement comprendre le sens de notre article. Mais il nous reste à présenter quelques réflexions sur le passage que nous venons de transcrire.

Pothier veut-il dire que, s'agissant d'une obligation de valeur indéterminée, il appartient, dans tous les cas, à la partie de l'évaluer tout d'abord, en ne portant sa demande qu'à une somme inférieure à celle au delà de laquelle la preuve testi-

(1) *Oblig.*, n° 754.

moniale est inadmissible? Le demandeur est-il expert de droit de la valeur du fait juridique qui fait le sujet de la contestation, de telle sorte que le juge soit forcé d'admettre cette évaluation et de recevoir la preuve testimoniale offerte, alors même qu'une expertise judiciaire devrait la porter à un taux qui exclut ce genre de preuve? Telle ne saurait être l'opinion de Pothier. Nous avons d'ailleurs démontré l'erreur d'une opinion semblable (1).

Il ne veut dire qu'une chose : c'est que le demandeur doit prendre garde de s'exclure de la preuve testimoniale, en portant ses conclusions à une somme pour laquelle ce genre de preuve est irrecevable, sans qu'il puisse ensuite se faire relever de cette exclusion par une réduction de sa demande. Mais il ne s'ensuit nullement que le juge ne puisse, malgré la réduction calculée de la demande dès son principe, repousser la preuve testimoniale offerte, si le fait juridique présente par lui-même une valeur réelle supérieure à celle qui lui a été attribuée dans les conclusions du demandeur. En résumé, ce dernier est exclu de la preuve testimoniale, soit par sa propre évaluation, soit, en tout cas, par celle du juge.

5. Pothier parle encore de dommages et intérêts ; et ce point mérite lui-même quelques explications.

Ces expressions de dommages et intérêts ne peuvent être considérées ici que comme signifiant l'équivalent et la compensation de l'engagement inexécuté, sans comprendre le préjudice résultant d'ailleurs de son inexécution. Nous avons vu, en effet, que les dommages et intérêts ne doivent pas être pris en considération dans l'évaluation du fait dont la preuve testimoniale est offerte (2). Ceci va devenir plus sensible par un exemple.

Vous vous êtes engagé envers moi à donner, à faire ou à ne

(1) Art. 1341, nº 9.
(2) Voy. art. 1342, nºs 4 et 5.

pas faire quelque chose. Cette convention est supposée avoir pour objet une chose dont la valeur n'excède point la somme de cent cinquante francs. La preuve testimoniale est, conséquemment, admissible pour en établir l'existence. Mais vous inexécutez votre engagement, et je vous poursuis en payement de dommages et intérêts, qui me tiennent lieu tout à la fois de l'exécution de l'obligation et du préjudice causé. Est-ce que, dans ce cas, la preuve testimoniale cessera d'être admissible, si je demande à titre de dommages et intérêts une somme excédant cent cinquante francs? Évidemment non. Autrement, il faudrait soutenir, ce qui est une erreur manifeste, que les dommages et intérêts, résultant de l'inexécution de l'engagement, doivent être comptés dans l'évaluation du fait juridique qui forme la matière du contrat. Quelle que soit la somme réclamée à ce titre, il suffit que le fait principal qui faisait le sujet de l'engagement soit d'une valeur n'excédant pas cent cinquante francs, pour que la preuve testimoniale soit admissible, soit que le demandeur ait distingué ou non dans ses conclusions, en en faisant un seul chef ou deux chefs particuliers, ce qu'il réclame comme équivalent de l'engagement inexécuté, et ce qu'il réclame comme réparation du dommage causé. Il pourra, dès lors, restreindre sa demande primitive, sans que les juges puissent, pour déclarer la preuve testimoniale inadmissible, s'arrêter au montant de ses conclusions réunies, comme contenant l'évaluation irréfragable du fait juridique contesté.

L'article 1343 n'est donc applicable que dans le cas où le demandeur porte distinctement la valeur du fait principal à une somme supérieure à cent cinquante francs, abstraction faite des dommages et intérêts qu'il peut réclamer pour préjudice causé. Que si ces deux chefs de demande sont indistinctement réunis dans ses conclusions, il appartient alors au juge de faire, à défaut de la partie, l'évaluation du fait qui a formé la matière de l'engagement, et de rejeter ou de recevoir la preuve testimoniale, suivant que cette évaluation excède ou

'excède pas la somme de cent cinquante francs, indépendamment des dommages et intérêts qui sont en outre réclamés.

6. Sous l'empire de nos anciennes ordonnances, les auteurs, ouvent disposés à en éluder les prohibitions, distinguaient ntre les époques où le demandeur réduisait sa demande priitive. Cette réduction avait elle lieu *in limine litis*, et avant ontestation en cause, on ne pouvait alors opposer à la partie es conclusions par elle primitivement prises, pour l'exclure le la preuve testimoniale (1).

Mais il en était autrement si la réduction n'avait eu lieu qu'après contestation en cause, ou après jugement et en cause l'appel. Cette distinction est aujourd'hui inadmissible, le Code le procédure ne reconnaissant point de contestation en cause, a la différence de l'ordonnance de 1667, titre 14, article 13, qui portait que la cause serait tenue pour contestée par le premier règlement, appointement ou jugement qui interviendrait après les défenses fournies, encore qu'il n'ait pas été signifié (2).

7. On doit entendre ici par demande formée toute demande faite dans un acte qui a un caractère judiciaire, tel qu'un ajournement en justice, une citation en conciliation, des conclusions signifiées en cours d'instance. L'article 1343 suppose, en effet, un débat soumis à la justice, puisque, dans l'hypothèse pour laquelle il dispose, il est question de l'admissibilité de la preuve testimoniale.

Que si la demande avait été formée dans un acte extrajudiciaire, tel qu'une sommation, notre article serait alors inapplicable, et ce serait l'article 1344 qui devrait recevoir son application. Il suffirait de rapprocher l'acte extrajudiciaire des conclusions prises plus tard devant la justice, pour établir que la somme demandée par ces conclusions réduites fait partie d'une somme plus forte.

(1) Rodier, Ordonn. de 1667, tit. 20, art. 2, *Quest.* 7. — Danty, sur Boiceau, P. 1, ch. 14, nº 14.

(2) Toullier, t. 9, nº 43.

8. Il peut arriver que la partie commence par demander une somme inférieure à cent cinquante francs, puis qu'elle augmente ses conclusions, et qu'enfin elle les restreigne. On ne saurait douter que l'article 1343 ne soit également applicable. Car les secondes conclusions régulièrement prises, sauf erreur justifiée, sont, par rapport aux conclusions réduites, une véritable demande primitive, et le demandeur a décidé lui-même par son évaluation la question d'inadmissibilité de la preuve testimoniale.

9. L'article 1344 prévoit une hypothèse un peu différente de celle prévue par l'article précédent. Mais il statue dans le même esprit, en donnant au juge le moyen et même en lui imposant le devoir de déjouer les manœuvres qui tendraient à éluder les prohibitions de la loi. Voici ses dispositions : « La preuve testimoniale, sur la demande d'une somme même moindre de cent cinquante francs, ne peut être admise, lorsque cette somme est déclarée être le restant ou faire partie d'une créance plus forte qui n'est point prouvée par écrit. »

Dans l'hypothèse de l'article 1343, le demandeur avait réduit après coup le montant de sa demande ; ici, au contraire, il commence par la réduire au-dessous de cent cinquante francs. La preuve testimoniale ne laisse pas d'être inadmissible si la somme réclamée est déclarée être le restant ou faire partie d'une créance plus forte. C'est que, pour savoir si la preuve par témoins peut ou non être admise, il faut toujours se reporter, non au moment où le litige a commencé, mais à celui où le fait juridique contesté a été consommé, le rejet de la preuve testimoniale n'étant que la sanction de l'inobservation des dispositions qui prescrivent un acte écrit (1).

10. L'article 1344 n'est pas fait seulement pour le cas où la partie réduit exprès sa demande ; il est également applicable lorsque, en demandant moins de cent cinquante francs, elle

(1) Voy. Danty, sur Boiceau, ch. 8, n° 5.

mande tout ce qui lui est dû, sans que même rien ne lui ait é auparavant payé (1). Par exemple, c'est un héritier qui mande, dans une somme due à son auteur et excédant cent nquante francs, sa quote-part inférieure à cette somme. Le mandeur ne devra pas être admis à la preuve testimoniale ıns ce cas, ni, *vice versâ*, dans celui où il demande à chaque éritier sa quote-part dans la dette de son auteur, excédant nt cinquante francs.

11. Il en est de même au cas où la partie demande le payeent d'intérêts pour une somme due excédant cent cinquante ancs, bien que le montant des intérêts qui sont seuls réclaés soit inférieur à cette somme. Ils font, en effet, partie d'une mme qui dépasse cent cinquante francs (2). Il suffirait même ue les intérêts réunis au capital excédassent ce chiffre (1342).

12. Les articles 1343 et 1344 s'appliquent encore au cas où créancier, renonçant au bénéfice de la solidarité, demande chacun des codébiteurs, comme si la dette était simplement onjointe, sa part virile dans l'obligation. La preuve testimoiale est inadmissible ; car la solidarité faisant que chacun est nu de la totalité, comme s'il était seul obligé, le créancier evait se procurer une preuve littérale.

13. L'article 1344 n'est pas seulement applicable lorsqu'il sulte des déclarations de la partie elle-même que la somme ar elle réclamée est le restant ou fait partie d'une somme xcédant cent cinquante francs ; il reçoit aussi son application rsque la partie ayant dissimulé une partie de la vérité, il est abli par les dépositions des témoins ou des présomptions uffisantes, contrairement à ses allégations, que la somme u'elle réclame est le restant ou fait partie d'une somme plus rte, dont elle s'est bien gardée d'indiquer le montant, pour

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 755. — TOULLIER, t. 9, n° 51. — ZACHARIÆ, 5, p. 705, nte 16, 1re édit., et t. 8, p. 307, nte 17, 4e édit.
(2) ZACHARIÆ, t. 5, p. 706, 1re édit., et t. 8, p. 308, 4e édit.

ne pas être exclue de la preuve testimoniale. Si le juge, don la religion a été surprise au moyen de réticences calculées, ordonné une enquête, son devoir est de rejeter la demande sans s'arrêter à l'interlocutoire qui ne le lie point, et sans avoi égard au résultat des enquêtes, autrement que pour y puise la preuve que la somme demandée est le restant ou fait parti d'une créance plus forte, pour laquelle la preuve testimonial ne pouvait être ni invoquée ni admise. La demande est alor écartée sur les enquêtes, tandis que, dans l'autre hypothèse elle l'est d'emblée sur la déclaration du demandeur. Voil toute la différence (1).

On a prétendu cependant, en se fondant sur le mot, déclarée qui s'y trouve, que l'article 1344 ne s'appliquait qu'au cas oı le demandeur déclarait lui-même que la somme par lui récla mée fait partie ou est le restant d'une somme plus forte, don il n'a jamais eu de preuve par écrit, de telle sorte que si l somme était demandée, sans cette déclaration, la preuve pa témoins devrait être admise.

Cette opinion de M. Maleville (2) ne s'appuie sur aucun raison, même spécieuse. Le texte de l'article 1344 est bien loi d'avoir le sens restrictif qu'il lui donne, puisqu'on peut dire tout aussi bien du juge que de la partie, que la somme es déclarée être le restant ou faire partie d'une somme plus forte le juge ne pouvant reconnaître l'existence d'aucun fait, sans l déclarer, lorsqu'il en fait la base de sa décision. Toute autr interprétation va directement contre l'esprit et le but de l'article 1344, en favorisant les fraudes des parties à ses prohibitions, et en encourageant leurs réticences et leurs mensonge intéressés. Ainsi entendues, les dispositions de notre articl ne sont que le complément nécessaire des prohibitions de

(1) Toullier, t. 9, n° 45. — Zachariæ, t. 5, p. 704, 1re édit., e t. 8, p. 307, 4e édit. — Bonnier, n° 103. — Duranton, t. 13, n° 323. — Marcadé, art. 1344, n° 4.

(2) Sur l'article 1344.

'article 1341, et il y aurait plus que de la sévérité à les traiter, omme M. Duranton, d'absurdités traditionnelles.

14. Nous ne pouvons ici nous défendre d'une impression énérale, sous laquelle nous placent certaines doctrines, plus ue relâchées, des auteurs mêmes qui semblent s'être le mieux énétrés du véritable esprit de la loi. On dirait qu'ils se sont ait un devoir, chaque fois qu'il y a eu place à l'équivoque, de user les prohibitions du Code et d'enseigner les moyens de es éluder. C'est même au nom de la vérité et de la bonne foi u'ils combattent ces dispositions portées contre le mensonge t la fraude. Ainsi présentées, leurs opinions ne laissent pas l'exercer sur l'esprit du juge une séduction souvent irrésis-ible, alors surtout que les circonstances favorables du fait ont ressortir davantage la rigueur de la loi. Eh bien! oserons-ious le dire, nous croyons que ces auteurs n'ont trouvé dans eurs considérations d'équité que des expédients de circons-ance, et qu'ils se sont écartés des vrais principes du droit.

15. Il s'agit, par exemple, d'une vente de deux cents francs, our laquelle le vendeur demande, comme restée due sur le rix, la somme de soixante francs; ou bien, il s'agit d'une omme de deux cents francs, prêtée par une personne, dont n héritier demande cinquante francs pour son quart hérédi-aire. Nous venons de voir que la preuve testimoniale est inad-iissible.

Écoutons, cependant, Pothier (1) : « Mais, dit-il, si, dans un et l'autre cas, le demandeur offrait la preuve testimoniale, on de la vente faite pour le prix de deux cents livres, non du rêt de deux cents livres fait par le défunt, mais de la promesse ue lui aurait faite le défendeur de lui payer les soixante livres ui restaient dues du prix de vente, ou les cinquante livres ui lui étaient dues pour sont quart, je pense qu'il devrait être eçu à la preuve; car cette promesse est une nouvelle con-

(1) *Oblig*, n° 756.

vention confirmative de la première, et l'objet de cette convention n'excédant pas cent livres (aujourd'hui cent cinquante francs), rien n'empêche que la preuve testimoniale ne puisse être admise. »

Cette opinion de Pothier a été généralement adoptée sous le Code civil, comme étant parfaitement fondée en équité et en droit, comme n'étant point contraire à l'article 1344 sainement interprété (1). C'est-à-dire, en la résumant en des termes généraux, que la preuve testimoniale est admissible toutes les fois que la somme réclamée par le demandeur, bien qu'elle soit le restant ou fasse partie d'une somme plus forte, qui aurait dû être constatée par écrit, est demandée en vertu d'une promesse ou d'une reconnaissance, par laquelle il est allégué que le débiteur s'est expressément ou implicitement engagé à payer la somme restée due et inférieure à cent cinquante francs.

Qu'il nous soit permis de n'accepter qu'avec quelque réserve cette opinion, quoique ses partisans la présentent comme une vérité manifeste et évidente de soi. On ne peut d'abord s'empêcher de reconnaître qu'elle fournit un moyen facile d'éluder l'article 1344. L'expérience apprend que les plaideurs ne s'en font point faute, et qu'ils ne manquent pas d'alléguer l'intervention d'une promesse nouvelle ou d'une reconnaissance. Cette allégation n'a-t-elle pas pour objet et pour résultat de violer indirectement les prohibitions de notre article? Comment, dès lors, serait-il permis de faire indirectement ce que la loi défend de faire directement?

Objectera-t-on que si le demandeur n'établit pas l'existence de la promesse ou reconnaissance qu'il allègue, il sera débouté de sa demande? Soit, mais lorsque la loi prohibe la preuve testimoniale, elle ne défend de l'admettre que dans la prévision

(1) DURANTON, t. 13, n° 321. — TOULLIER, t. 9, n° 46. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 705, n[te] 18, 1[re] édit., et t. 8, p. 307, n[te] 19, 4° édit. — MARCADÉ, art. 1344, n° 3.

u'elle aura pour résultat de justifier l'allégation de celui qui a propose. Le législateur ne dispose qu'en vue de cette hypohèse et de cette éventualité. La preuve testimoniale étant dmise, l'enquête est donc censée devoir établir l'existence de a promesse ou de la reconnaissance alléguée. Or, supposons, onformément aux prévisions de la loi, que cette preuve est dministrée; il en résulte bien évidemment que la somme eclamée est le restant ou fait partie d'une créance plus forte, ion prouvée par écrit.

On dit en vain que le demandeur ne prétend pas établir par émoins la dette entière et primitive, mais seulement une conention nouvelle, une simple reconnaissance, pour une somme nférieure à cent cinquante francs. Il nous semble, néanmoins, que ce prétendu nouveau contrat n'est que la reproduction de 'ancien, sauf réduction dans les limites que les prohibitions le la loi rendent nécessaires. Est-ce que, en effet, le titre de a dette est changé? N'a-t-elle pas toujours la même cause, la nême origine? Qu'importe que le chiffre en soit réduit, puisque cette réduction n'a d'autre effet que d'établir que la somme lemandée est le restant ou fait partie d'une somme plus forte, our laquelle la preuve testimoniale est inadmissible? Nous ous écartons donc en ce point de l'opinion commune.

16. Toutefois, il est un cas où l'article 1344 nous semble applicable; c'est lorsque la nouvelle promesse ou reconnaisance, alléguée par le demandeur, emporte novation dans les ermes de l'article 1271 ou de l'article 879.

Ainsi, vous m'avez payé cent cinquante francs sur les trois ents francs que vous me deviez; quant aux cent cinquante rancs restant, j'articule que vous avez contracté envers moi ne nouvelle dette qui a été substituée à l'ancienne; par exemle, que vous vous êtes engagé à me donner en payement un onneau de vin. Ou bien encore le demandeur allègue qu'un ouveau débiteur a été substitué à l'ancien, qui a été déchargé ar le créancier; ou que, par l'effet d'un nouvel engagement,

un nouveau créancier a été substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé. Ou bien enfin il prétend qu'il y a eu novation dans la créance contre le défunt, par l'acceptation de l'héritier pour débiteur. Dans ces divers cas de novation réelle ou personnelle, conformément aux articles 1271 et 879, pourvu qu'il ne s'agisse point de somme ou valeur excédant cent cinquante francs, la preuve testimoniale sera admissible, quoiqu'il ait été déclaré par la partie, ou reconnu par le juge, que la novation a eu pour origine une somme ou valeur qui faisait partie ou était le restant d'une chose excédant en valeur la somme de cent cinquante francs.

Si l'article 1344 nous paraît alors inapplicable, c'est que, en réalité, il y a un nouveau contrat; que l'ancien engagement est éteint, et que l'on ne peut plus, dès lors, dire que la chose actuellement réclamée en soit le restant ou en fasse partie; c'est qu'enfin le défendeur, en faisant ainsi, avec l'autre partie, une convention nouvelle emportant novation, l'a relevée, par cela même, de la prohibition qui lui interdisait d'invoquer la preuve testimoniale, puisqu'il ne s'agit plus désormais entre eux que d'un fait juridique dont la valeur n'excède point cent cinquante francs.

Ramenée à ces termes, la question est plus de fait que de droit. Les juges auront donc à apprécier les circonstances et à examiner d'après les faits de chaque cause, si les parties ont eu l'intention de faire novation de l'ancien titre.

Rien ne s'oppose, par exemple, à ce qu'ils en voient une dans la promesse que fait devant témoins le débiteur qui, recevant de son créancier le titre constitutif de la créance, ne paye qu'une partie de la dette, et s'engage à payer prochainement le reliquat, qui est inférieur à cent ciuquante francs (1). La remise volontaire du titre vaut, en effet, quittance de l'ancienne dette, et il ne reste plus que la nouvelle obligation verbale, pour laquelle aucun acte écrit n'était exigé.

(1) TOULLIER, t. 9, n° 47.

La circonstance de novation qualifiée et caractérisée, dans les termes des articles 1271 et 879, nous paraît donc décisive, tandis qu'une simple promesse ou reconnaissance, explicite ou implicite, nous semble insignifiante. Nous espérons que les raisons de droit tirées de la nature et des effets de la novation, sur lesquelles nous avons essayé de fonder notre distinction, nous épargneront le reproche d'inconséquence. Quant à la crainte de voir l'allégation d'actes prétendus de novation servir dans la pratique à éluder l'application de l'article 1344, nous nous bornerons à remarquer, quelque puissante que soit cette considération en matière de prohibitions légales, que, cependant, elle est de nature à faire d'autant moins impression que les actes de novation sont eux-mêmes moins fréquents. Il reste d'ailleurs, pour dernière garantie contre la fraude, la conscience et la sagacité des juges.

17. M. Duranton (1) examine une autre question. Il suppose une vente faite moyennant un prix supérieur à cent cinquante francs, sur lequel l'acquéreur a payé comptant une partie, qui réduit la somme restée due à un chiffre inférieur. Il se demande si, dans ce cas, l'article 1344 est applicable, et il se prononce pour la négative, par la raison qu'en réalité la dette n'a jamais été, par l'effet du payement comptant, que d'une somme n'excédant pas cent cinquante francs.

Cette opinion nous paraît inadmissible. Sans prétendre subtiliser, et on le pourrait peut-être avec raison, sur la question de savoir si, nonobstant le payement opéré comptant d'une partie du prix, le vendeur n'a pas eu dans le principe une créance supérieure à cent cinquante francs, il nous suffit de répondre qu'en demandant la partie du prix restée due, il se fonde sur l'existence d'un fait juridique, d'un contrat, ayant pour objet une chose dont la valeur excède la somme de cent cinquante francs. Il serait donc, dans tous les cas, exclu de la

(1) T. 13, n° 322. — MARCADÉ, art. 1344, n° 3.

preuve testimoniale par les dispositions générales de l'article 1341, s'il ne l'était par les dispositions particulières de l'article 1344.

18. Nous remarquerons seulement qu'il importe de distinguer si le payement opéré comptant s'applique à une convention particulière, et si le prix resté dû a pour cause un contrat séparé et différent, pour lequel le demandeur a suivi la foi de l'autre partie. Dans ce cas, la preuve testimoniale serait admissible, si ce dernier contrat n'a pas pour objet une chose de valeur supérieure à cent cinquante francs. Tel est le cas où je vendant en même temps, mais d'une manière distincte, deux choses dont l'une m'est payée comptant, je n'ai plus à réclamer que le prix de l'autre stipulé à terme.

Il n'en serait même pas autrement dans le cas où le prix de l'une des deux ventes ne m'aurait été payé que plus tard, et où le prix de l'autre me resterait seul dû. On essayerait vainement, pour m'exclure de la preuve testimoniale, de combiner l'article 1344 avec l'article 1346, et de soutenir, en conséquence, que la somme que je réclame, comme prix particulier d'une vente distincte, est le restant d'une créance plus forte, composée des prix cumulés des deux ventes, parce que, s'ils m'eussent été encore dus tous les deux, j'aurais dû en former la demande par le même exploit. L'article 1346 est, en effet, inapplicable à ce cas. Il suppose des demandes effectivement formées, et il ne signifie pas que l'on doive encore réunir à leur montant les sommes qui ont été acquittées antérieurement sur les causes d'obligations particulières, dont aucune n'excédait la valeur de cent cinquante francs. Il suffit alors que la demande ne dépasse point cette somme, pour que la preuve testimoniale soit admissible. Car elle ne contient aucune fraude possible envers la loi.

19. Mais s'il me restait dû sur les deux ventes une portion du prix, il faudrait alors combiner l'article 1344 avec les articles 1345 et 1346, et décider, par suite, que la preuve testimo-

niale est inadmissible, quoiqu'il s'agisse d'une demande inférieure à cent cinquante francs. La vérité est, en effet, que pour justifier ma demande, je dois établir les ventes que j'allègue. Or, l'intérêt de ces deux actes, réunis ensemble, excède cent cinquante francs; et, si mes conclusions sont inférieures à cette somme, néanmoins, comme elles ont trait à un restant d'une créance plus forte, je ne puis invoquer la preuve par témoins.

Nous disons enfin, pour nous résumer, que, dans la combinaison des articles 1344, 1345 et 1346, les seuls actes qui ne doivent point être pris en considération sont ceux qui, antérieurement à l'introduction de la demande, ont été l'objet d'un payement intégral qui a complètement éteint l'obligation. Ils ne comptent plus, et il doit en être fait abstraction d'une manière absolue.

20. L'article 1344 est encore applicable à l'égard de ceux qui ont cautionné, même pour une somme n'excédant pas cent cinquante francs, une obligation qui, prise dans sa totalité, excède cette somme. Le créancier ne peut prouver contre eux, par témoins seulement, l'existence de ce cautionnement pour partie. Il est incontestable, en effet, que la somme qu'il demande fait partie d'une créance plus forte, pour laquelle il aurait dû prendre une preuve littérale. Comment, d'ailleurs, pourrait-il user, à l'égard des cautions, pour établir sa créance, d'un genre de preuve qui est irrecevable à l'égard du débiteur principal? Qu'il prouve, avant tout, l'engagement de ce dernier.

Ce qui ne veut pas dire, toutefois, que le créancier ne puisse, lorsque l'obligation du principal débiteur est légalement établie, prouver par témoins le cautionnement qu'un tiers aurait donné pour partie de la dette, au-dessous de la somme de cent cinquante francs. Car bien que le cautionnement doive être exprès, la preuve s'en fait suivant les règles du droit commun.

21. Il arrive quelquefois que le défendeur, pour se placer

sous la protection de l'article 1344, déclare spontanément que la somme demandée est le restant ou fait partie d'une créance plus forte. De pareils aveux sont précieux pour le demandeur, qui n'a qu'à en demander acte, et peut y trouver, suivant les circonstances, un commencement de preuve par écrit, si le défendeur n'a eu soin d'y apporter quelques réserves qui en annulent en sa faveur les effets préjudiciables, à cause de leur indivisibilité.

Je vous demande cent cinquante francs ; vous me répondez que cette somme fait partie de trois cents francs que je vous ai prêtés. Voilà un aveu qui me relève des prohibitions de la loi. Je pourrai même, en en prenant acte, augmenter mes conclusions. Mais vous ajoutez que vous avez tout remboursé ; votre déclaration est indivisible, et je suis réduit à établir ma demande par les autres moyens légaux de preuve qui sont à ma disposition. Que si les juges admettent la preuve testimoniale, et que l'enquête prouve qu'effectivement les cent cinquante francs que je demande font partie ou sont le reliquat d'un prêt plus considérable, mes prétentions devront être écartées. Dans le cas contraire, elles devront être accueillies. Mais vos déclarations, à cause de leur caractère indivisible, auront été, dans tous les cas, sans influence sur le jugement.

Article 1345.

Si, dans la même instance, une partie fait plusieurs demandes dont il n'y ait point de titre par écrit, et que, jointes ensemble, elles excédent la somme de cent cinquante francs, la preuve par témoins n'en peut être admise, encore que la partie allègue que ces créances proviennent de différentes causes, et qu'elles se soient formées en différents temps, si ce n'était que ces droits procédassent, par succession, donation ou autrement, de personnes différentes.

ARTICLE 1346.

Toutes les demandes, à quelque titre que ce soit, qui ne ront pas entièrement justifiées par écrit, seront formées r un même exploit, après lequel les autres demandes dont n'y aura point de preuve par écrit ne seront pas reçues.

Sommaire.

. Concours de plusieurs demandes. Ancien droit.
. Dispositions nouvelles de l'ordonnance de 1667, reproduites par le Code civil.
. Demandes séparées. L'article 1346 obvie à la fraude.
. Les demandes ultérieures sont seulement rejetées. Maintien des jugements antérieurs.
. La fin de non recevoir peut être suppléée par le juge.
. En quel sens toutes les demandes doivent être formées par le même exploit.
. Ce que doit faire le défendeur, quand il suppose quelque dissimulation.
. *Quid*, si le demandeur fait des réserves?
. Peu importe que les demandes aient pour objet des choses identiques,
. Ou soient de la compétence de juridictions différentes.
. L'article 1346 n'est pas applicable quand toutes les demandes réunies n'excèdent pas cent cinquante francs.
. En quel sens et comment les autres demandes ne sont point reçues.
. Exception résultant des articles 1347 et 1348.
. Suite.
. Exception quand les droits procèdent de personnes différentes.
Suite. Cautionnement. Solidarité.
Quid, au cas où les créances sont attribuées à des héritiers différents?
Conclusion générale.
Exception, pour l'article 1346, résultant des articles 1347 et 1348,
Et de l'origine des droits procédant de personnes différentes.
Il n'y a pas à distinguer entre les créances exigibles ou inexigibles,
Ou celles qui sont de la compétence de juridictions différentes.

23. Les articles 1345 et 1346 ne s'appliquent pas aux demandes dont la cause est postérieure à l'introduction de la première demande.

COMMENTAIRE.

1. Jusqu'à présent nous avons vu le demandeur poursuivre le payement d'une seule et unique obligation, soit que sa demande eût pour objet la totalité ou seulement le restant ou une partie de la dette. L'article 1345 prévoit une hypothèse différente.

Une partie fait dans la même instance plusieurs demandes dont il n'y a point de titre par écrit. Aucune d'elles, considérée séparément, ne dépasse la somme de cent cinquante francs; mais, jointes ensemble, elles excèdent cette somme. La partie allègue même et justifie, au besoin, que ces créances proviennent de différentes causes, et qu'elles se sont formées en différents temps. La preuve testimoniale est-elle admissible? Non, dispose notre article.

A ne consulter que le raisonnement, il semble cependant qu'elle doive être admise. Car le demandeur, en traitant pour des causes diverses et en des temps différents, n'a fait aucun acte pour lequel la loi exigeât un titre écrit. Et, s'il est vrai qu'en principe on doive se reporter à l'origine de l'obligation et non à l'époque du litige, pour savoir si la preuve par témoins doit être admise ou rejetée, on ne saurait douter que, dans notre hypothèse, elle ne soit parfaitemant recevable. Aussi, sous l'ordonnance de Moulins, les auteurs (1) n'hésitaient-ils pas à l'admettre, et la pratique était conforme à leur opinion.

2. Cependant, on introduisit dans l'ordonnance de 1667, titre 20, article 5, les dispositions que l'article 1345 ne fait que reproduire. M. le Premier Président Lamoignon s'y opposa vainement, en prétendant que l'article était contre l'usage et contre le droit reçu partout généralement. M. Pus-

(1) Boiceau, ch. 8, nos 11 et 12.

ort, rédacteur du projet, insista et dit que si on ne réduisait outes les actions ensemble, l'on ne manquerait point de émoins affidés pour déposer. M. le Président de Novion ajouta ue les procès qui se font pour différentes causes pouvaient tre joints pour plus grande facilité; que cette multiplicité l'actions était contraire à la présente réformation; que l'on se levait, en tout cas, imputer sa facilité, et qu'il était libre de ne pas prêter au-dessus de cent livres (1).

Aujourd'hui, certains auteurs (2) regrettent que ces dispositions aient passé dans le Code civil, comme si leur suppression ne dût pas fournir toute facilité d'éluder les prohibiions de la loi, et qu'elles n'en fussent point le complément ndispensable et la sanction nécessaire. N'y a-t-il pas, ainsi que le faisaient remarquer MM. Pussort et de Novion, un double intérêt public à éviter la multiplicité des procès et la subornation des témoins? L'expérience ne nous apprend-elle pas que le même faux témoin viendra déposer sur toutes les créances, malgré leur diversité de causes et de temps, et que son témoignage n'en coûtera pas pour cela plus cher au demandeur? Les rédacteurs du Code civil se sont ainsi préoccupés, avec grande raison, d'abus que les rédacteurs de l'ordonnance de 1667 avaient pu constater et dû prévenir (3).

3. Mais la fraude est ingénieuse. Supposons que le demandeur, au lieu de former toutes ses demandes dans une seule et même instance, ne les fasse que successivement, une à une. Aucune d'elles ne dépasse la somme ou valeur de cent cinquante francs; pourra-t-il ainsi, en invoquant sur chacune d'elles la preuve testimoniale, se soustraire à l'application de l'article 1345? L'article 1346 obvie autant que possible à cet inconvénient. « Toutes les demandes, dit-il, à quelque titre que ce soit, qui ne seront pas entièrement justifiées par écrit,

(1) Voy. Procès-verbal de l'Ordonn. de 1667, p. 220.
(2) Toullier, t. 9, n° 48.
(3) Jousse, Ordonn., tit. 20, art. 6. — Pothier, *Oblig.*, n° 757.

seront formées par un même exploit, après lequel les autres demandes dont il n'y aura point de preuve par écrit, ne seront pas reçues. » Cet article ne fait quereproduire littéralement l'article 6, titre 20, de l'ordonnance de 1667.

4. Remarquons d'abord que la sanction de l'article 1346 consiste seulement dans le rejet des autres demandes séparément formées, et dont il n'existe point de preuve écrite. Quant aux demandes antérieures qui auraient été accueillies, les jugements rendus et passés en force de chose jugée, n'en doivent pas moins recevoir leur entière et parfaite exécution. Ce sera donc toujours autant de gagné pour le demandeur.

5. Si le demandeur n'opposait pas la fin de non recevoir sur les dernières demandes formées contre lui, le juge pourrait la suppléer d'office. Car les prohibitions de la loi, en matière de preuve testimoniale, ainsi que leur sanction, sont d'ordre public (1).

Nous devons, cependant, reconnaître que l'article 1346 passe en quelque sorte inaperçu dans la pratique. Jousse disait aussi dans son temps : « Il serait bien à souhaiter que cette disposition, qui est très sage, fût observée plus exactement qu'elle ne l'est. » Rodier fait la même remarque.

6. Notre article veut que toutes les demandes soient formées par le même exploit. Il ne faut pas entendre ces expressions dans un sens rigoureux et absolu. Il sera également satisfait à ses prescriptions, si la partie forme ses demandes par des actes distincts, mais se rapportant à une seule et même instance, soit que ses conclusions soient prises dans des exploits d'huissier ou dans des actes d'avoué à avoué ; ou bien encore, si, procédant par voie de reconvention, elle forme ses demandes, par exception à l'action principale, au moyen de conclusions prises et notifiées.

(1) Jousse, Ordonn., tit. 20, art. 6. — Zachariæ, t. 5, p. 717, n^te^ 45, 1re édit., et t. 8, p. 318, n^te^ 48, 4e édit. — *Contrà,* Duranton, t. 13, n° 328.

Comme la loi veut seulement que le juge soit appelé à statuer sur toutes les demandes jointes ensemble, il importe peu comment s'opèrent cette réunion de demandes et cette unité d'instance. Si l'article 1346 parle d'un même exploit, c'est à titre d'énonciation seulement, et sans exclure les autres actes de procédure qui peuvent conduire au même résultat. L'article 1345, plus général dans ses termes, ne parle lui-même que d'une même instance.

7. Que si le défendeur, contre lequel il n'est formé qu'une seule demande, suppose que le demandeur n'agit ainsi que pour éluder l'application de l'article 1345, il peut le mettre en demeure de s'expliquer sur le point de savoir s'il entend ou non former contre lui quelques autres demandes ultérieures. Sur son refus de s'expliquer ou sur ses dénégations, il peut demander au juge que la décision à intervenir vaille pour lui, d'ores et déjà, quittance pour toutes les demandes, actions et prétentions que son adversaire pourrait exercer plus tard, en contravention aux articles 1345 et 1346.

Si le demandeur, ainsi mis en demeure, forme de nouvelles demandes qu'il joint à la première, alors on tombe pleinement sous l'application de l'article 1345.

Dans le cas contraire, et si l'enquête établit qu'il avait à former d'autres demandes qu'il n'a pas jointes, le juge doit, sans avoir autrement égard à l'interlocutoire, déclarer la demande non recevable. Et si, plus tard, le demandeur introduit d'autres demandes qu'il aurait dû former avec la première, il en sera encore débouté, conformément à l'article 1346.

8. Si, au lieu de former expressément une demande, il se borne à faire des réserves explicites et spéciales dans ses conclusions, le défendeur et le juge lui-même d'office peuvent opposer, comme fin de non recevoir, que les demandes faites, jointes aux prétentions réservées, quand même celles-ci ne seraient pas exigibles, excèdent la somme ou valeur de cent cinquante francs, et que, en conséquence, la preuve testimo-

niale est inadmissible. Il résulte, en effet, du texte comme de l'esprit de l'article 1345, que la prohibition d'admettre la preuve par témoins s'applique aussi bien à chaque demande en particulier, qu'à l'ensemble des demandes en général. Le demandeur ne peut donc, en se bornant à faire des réserves pour les chefs dont il ne fait pas actuellement un sujet de demande, se soustraire à l'application de l'article 1345; et, si l'article 1346 déclare non recevables les autres demandes ultérieurement formées, il ne veut pas dire pour cela que les premières demandes doivent être accueillies, s'il est d'ailleurs établi, par les déclarations ou réserves du demandeur, qu'elles concourent avec d'autres prétentions qui élèvent le chiffre de l'ensemble à une somme ou valeur excédant cent cinquante francs.

9. Il est indifférent, pour l'application des articles 1345 et 1346, que les demandes aient pour objet des choses identiques. Ils sont également applicables lorsque, des diverses demandes, les unes ont pour objet de l'argent, les autres une chose différente à donner, à faire ou à ne pas faire. Il s'agit alors d'évaluer ces dernières, pour en joindre la valeur aux autres sommes. Car la loi étant fondée sur ce que le créancier a eu tort de ne pas retirer une preuve littérale aussitôt que ses créances, de quelque nature qu'elles soient, étaient supérieures à la somme de cent cinquante francs, ce motif est le même, soit qu'elles aient pour objet de l'argent ou des choses d'espèce différente.

10. Par la même raison, il importe peu que les demandes soient de nature à être portées devant des tribunaux différents. La contravention à la loi, qui exigeait une preuve littérale, n'est pas couverte par la diversité de juridictions. Les principes relatifs à l'inadmissibilité de la preuve testimoniale n'en sont pas modifiés; et la prohibition de ce genre de preuve s'appliquant à chaque demande en particulier comme à l'ensemble, il s'ensuit que chaque juridiction, régulièrement saisie, doit repousser la preuve par témoins, comme si toutes

es demandes étaient jointes, alors même que l'action particu-ière qui a été portée devant elle n'excède pas la valeur de ent cinquante francs (1). Il se fait alors devant chaque tribu-ıal une jonction fictive de toutes les demandes. Ainsi se con-ilient les principes relatifs à la preuve testimoniale, et ceux ui concernent l'ordre des juridictions.

11. L'article 1346 est-il applicable lorsque les demandes ı'ayant pas été toutes formées en même temps, les premières, ointes aux dernières, n'excèdent pas la somme ou valeur de ent cinquante francs? Il semble que ses dispositions soient bsolues, indépendantes de celles de l'article 1345, et qu'elles ı'admettent aucune distinction entre les cas où les diverses lemandes réunies sont supérieures ou inférieures à cette som-ne. Telle est l'opinion de MM. Aubry et Rau sur Zachariæ (2). Nous inclinons cependant vers un sentiment contraire.

L'article 1346 a sans doute pour objet de prévenir la multi-licité des procès. Mais cette raison lui est commune avec outes les autres dispositions prohibitives qui concernent la reuve testimoniale. On ne peut donc prétendre, par cela eul, qu'il ait été conçu dans un esprit différent, et que ses rescriptions irritantes aient un caractère particulier de péna-ité. Soit qu'il s'agisse de régler l'admissibilité de la preuve par émoins, ou de déjouer les fraudes possibles envers la loi, le rincipe général et supérieur en cette matière est que la reuve par témoins est admissible lorsqu'il s'agit d'une somme u valeur n'excédant pas cent cinquante francs.

D'autre part, l'article 1346 n'a pas seulement pour but d'ob-ier aux inconvénients résultant de la multiplicité des procès. l se réfère à l'article précédent; il en assure, autant que pos-ible, l'exécution, et prévient les manœuvres par lesquelles n pourrait y contrevenir, en édictant une fin de non recevoir ui a le caractère d'une véritable sanction pénale. Pourquoi

(1) *Contrà*, TOULLIER, t. 9, n° 50. — BONCENNE, t. 4, p. 165.
(2) T. 5, p. 714, 1re édit., et t. 8, p. 315, nte 42, 4e édit.

veut-il, sous la peine qu'il détermine, que toutes les demande soient formées par le même exploit? C'est afin que le jug saisi en même temps de toutes ces demandes, vérifie si. jointe ensemble, elles excédent ou non la somme de cent cinquant francs. Cette corrélation entre l'article 1345 et l'article 134 nous semble à peine contestable, après ces paroles d M. Pussort, en réponse aux observations de M. le Premie Président Lamoignon (1) : « Que si l'on ne réduisait toutes le actions ensemble, l'on ne manquerait point de témoins affidé pour déposer; mais qu'il y avait été pourvu par l'article su vant. » N'oublions pas, en effet, que ces articles sont les art cles 5 et 6, titre 20, de l'ordonnance de 1667.

La raison principale de ces dispositions est donc dans l crainte de la subornation de témoins. Mais comme le législa teur a posé lui-même pour limite à cette crainte la somm de cent cinquante francs, il en résulte que là où cette somm n'est pas dépassée, l'article 1346 cesse d'être applicable, puis que le demandeur a formé distinctement et successivemen ses demandes sans entendre éluder l'article 1345, qui, mêm au cas de jonction des demandes, ne pouvait recevoir d'appli cation contre lui.

Il y aura, il est vrai, plusieurs procès au lieu d'un; mais ce inconvénient de chicane n'a jamais fait déclarer les action irrecevables en elles-mêmes; et si, dans les cas où une fraude à la loi est possible, elle a paru au législateur suffisante pour exclure le demandeur de la preuve testimoniale, du momen que toute possibilité de fraude cesse, les dispositions irritantes doivent cesser aussi. Il est tellement vrai que la partie n'es déchue de son action que par suite de l'irrecevabilité de la preuve par témoins, que, malgré la pluralité de procès, si les dernières demandes étaient justifiées par écrit, elles devraient être reçues. Cette déchéance elle-même se réfère donc à l'ordre d'idées dans lequel la preuve testimoniale a été rejetée en

(1) Procès-verbal, p. 219.

rincipe par la loi; c'est-à-dire qu'elle suppose toujours que ensemble des demandes réunies excède cent cinquante ancs. Entendu autrement, l'article 1346 pourrait être, avec iison, accusé d'iniquité.

12. En disposant que les autres demandes dont il n'y aura oint de preuves par écrit ne seront pas reçues, il ne veut pas re que l'action est elle-même purement et simplement non cevable. La partie est seulement déchue, en tant qu'elle en st réduite à invoquer, à l'appui de sa demande, la seule euve testimoniale (1).

Cette interprétation résulte des observations mêmes que ous venons de présenter. Quelles sont, en effet, les demandes ie l'article 1346 interdit de recevoir? Ce sont celles qui, étant point justifiées par écrit, auraient dû, en conséquence, re formées avec d'autres qui ont été faites antérieurement. ourquoi veut-il que toutes ces demandes soient jointes? C'est in que le juge soit en état de vérifier si, jointes toutes ensem- e, elles excèdent ou non la somme de cent cinquante francs, si, par suite, la preuve testimoniale doit être rejetée ou lmise. Les demandes disjointes et ultérieurement formées ne ont donc déclarées irrecevables qu'au point de vue de la ohibition de la preuve testimoniale; de telle sorte que si le emandeur est à même d'invoquer, à l'appui de ses préten- ons, un autre genre de preuve, le juge ne devra pas rejeter n action. La sanction de l'article 1346 cessant dans ce cas, s'ensuit que la partie est encore fondée à se prévaloir de aveu du défendeur, et à lui déférer le serment litis-décisoire.

13. Nous allons démontrer de plus en plus que les disposi- ons des articles 1345 et 1346 ne font que se rattacher aux gles générales du droit, concernant la prohibition de la preuve

(1) TOULLIER, t. 9, n° 49. — DURANTON, t. 13, n° 328. — *Contrà*, ACHARIÆ, t. 5, p. 717, 1re édit., et t. 8, p. 317, nte 47, 4e édit. — ARCADÉ, art. 1346, n° 4.

testimoniale pour somme ou valeur excédant cent cinquant francs. Quant à l'article 1345, s'il repousse la preuve pa témoins, lorsque les demandes formées dans la même instanc et jointes ensemble excèdent cent cinquante francs, ce n'est ainsi qu'il le déclare expressément, que lorsqu'il n'en exist point de titre par écrit. Il convient donc d'abord, pour l'appli cation de cet article, de ne point compter les demandes qu sont justifiées par écrit. Il doit en être fait complètement abs traction.

Il en est de même de celles pour lesquelles il existe u commencement de preuve par écrit. L'ordonnance de 1667 titre 20, article 5, en avait une disposition expresse. « Si, dan une même instance, disait-elle, la partie fait plusieurs deman des dont il n'y ait point de preuves, ou commencement d preuve par écrit... » Les rédacteurs du Code ont supprimé ce derniers mots; mais on ne saurait douter que l'article 134 n'ait été rédigé dans le même sens et avec la même portée. I était d'ailleurs superflu d'y insérer d'une manière spécial l'exception générale qui se trouve édictée dans l'article 1347 Le demandeur peut, en conséquence, provoquer la comparu tion de son adversaire à l'audience, ou son interrogatoire su faits et articles, afin de se procurer un commencement d preuve par écrit.

Nous disons encore que l'on doit faire également abstrac- tion, dans l'évaluation des diverses demandes jointes ensemble de celles qui peuvent, exceptionnellement et en conformité d l'article 1348, être prouvées par témoins. Cette seconde excep tion générale s'applique, en effet, incontestablement à l'articl 1345, aussi bien que celle de l'article 1347 (1).

L'on ne doit pas enfin prendre en considération les demande dont la nature commerciale rend la preuve par témoins admis- sible.

(1) DURANTON, t. 13, n° 324. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 712, 1re édit., et t. 8, p. 313, 4e édit.

14. Peu importe, d'ailleurs, que les chefs de demande, pour lesquels nous supposons la preuve testimoniale admissible, soient antérieurs ou postérieurs à ceux pour lesquels le demandeur a pu se procurer une preuve écrite. Car le demandeur n'a dû, en aucun cas, se préoccuper de la nécessité d'une preuve littérale, puisque, pour certaines demandes, il était protégé par une exception, et que, quant aux autres, comme elles n'excèdent point cent cinquante francs, il a pu se contenter de la preuve testimoniale (1).

Cependant, M. Duranton (2) hésite pour le cas où le chef de demande dont le demandeur a pu se procurer une preuve écrite, a une cause postérieure au fait qui a donné lieu à l'autre créance, qui se trouve exceptionnellement régie par l'article 1348. Il est porté à croire que toute nouvelle demande, ayant une cause antérieure à la première, devrait être rejetée. Il est vrai que, dans ce cas, la partie a pu, en supposant toutefois qu'elle connût l'existence des créances antérieures, se procurer une preuve par écrit de sa seconde créance, par exemple, du prêt fait par elle, et, en même temps, par la même occasion, faire reconnaître son droit quant aux créances qui ont une cause antérieure. Mais, de ce qu'elle ne l'a pas fait, il ne saurait résulter contre elle aucune sorte de déchéance, puisque les deux créances sont indistinctement susceptibles d'être prouvées par témoins, la première en date en vertu de l'article 1348, et la seconde en vertu de l'article 1341.

15. Il y a enfin une dernière exception à la prohibition de la preuve testimoniale, lorsque les droits sur lesquels sont fondées les demandes, qui, jointes ensemble, excèdent cent cinquante francs, procèdent de personnes différentes, par succession, donation ou autrement (1345). On ne saurait, en effet, exiger, dans ce cas, pour chaque créance, d'autre genre de

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 713, 1re édit., et t. 8, p. 314, 4e édit. — MARCADÉ, art. 1345, n° 3.
(2) T. 13, n° 324.

preuve que celui que la loi présentait elle-même comme suffisant à chacune des parties contractantes.

Ces mots, ou autrement, permettent même d'étendre l'exception au cas où, à l'insu l'un de l'autre, le mandant et le mandataire ont fait avec la même personne des actes qui donnent lieu a des demandes, qui réunies excèdent cent cinquante francs, mais qui séparées ne dépassent pas cette somme. Traitant chacun de son côté, et dans l'ignorance de ce qu'a fait l'autre, aucun d'eux n'a eu à se préoccuper de la nécessité d'une preuve littérale.

Mais si, après avoir acquis par un moyen quelconque le droit qui fonde l'un des chefs de demande, le demandeur avait fait, en connaissance du premier, un nouvel acte dont l'intérêt juridique, réuni à l'autre chef d'action, en portât la valeur à plus de cent cinquante francs, notre exception cesserait. Car le concours des créances résulte du fait de la même personne, et, sauf les cas d'erreur qui sont exceptés, on ne peut dire que les droits procèdent de personnes différentes. Le demandeur, sachant qu'il était déjà créancier, devait retirer une preuve écrite en faisant le second acte (1).

16. L'exception de l'article 1345 cesse également dans cette hypothèse : J'ai prêté à Pierre cent francs sous le cautionnement de Paul, puis pareille somme de cent francs sous le cautionnement de Jean. Je ne puis prouver par témoins aucune des deux obligations à l'égard de Pierre, et chacune des cautions a les mêmes exceptions que le débiteur principal. Mais si Pierre reconnaît la dette, ou que la preuve testimoniale en soit admissible parce qu'il existe un commencement de preuve par écrit, je puis prouver les cautionnements, qui sont des obligations distinctes et procédant de personnes différentes.

Il en serait de même au cas où, après avoir prêté cent francs à Pierre, je lui aurais prêté pareille somme de cent francs,

(1) Voy. ccp. Duranton, t. 13, n° 325.

solidairement avec Paul. Je ne pourrai prouver par témoins aucun chef de demande, parce que la prohibition de la preuve testimoniale, s'appliquant à chaque chef particulier comme à l'ensemble, concerne, mais à l'égard de Pierre seulement, la seconde créance aussi bien que la première. Mais la preuve testimoniale sera admissible pour la seconde, à l'égard de Paul, sans qu'il soit besoin le moins du monde que Pierre reconnaisse son premier engagement. Telles sont, en effet, les conséquences de la solidarité convenue, que les demandes procèdent du chef de personnes différentes, puisque Paul s'est principalement engagé.

De même, supposez que, après avoir prêté cent francs à Pierre, je prête cent francs à Paul sous le cautionnement de celui-ci. Je ne pourrai certainement pas prouver par témoins le double engagement de Pierre, parce qu'il dépasse cent cinquante francs; mais je pourrai établir de cette manière l'engagement de Paul comme débiteur principal, parce qu'il existe indépendamment des obligations de Pierre, pour lesquelles seules j'ai dû retirer une preuve écrite.

Nous concluons par cette observation générale : C'est que, dans l'application de l'article 1345, on doit considérer séparément la situation de chaque défendeur comme obligé, et admettre ou rejeter, en conséquence, à son égard, la preuve testimoniale, suivant que les demandes formées contre lui n'excèdent pas ou excèdent la somme de cent cinquante francs, à moins que les demandes, dans le cas même où elles ne sont pas supérieures à cette somme, n'aient pour causes des engagements simplement accessoires à des obligations principales pour lesquelles la preuve par témoins est irrecevable.

17. On s'est posé la question suivante : Une personne avait deux créances, dont aucune n'excède la somme de cent cinquante francs, sur le même individu. L'une de ces créances est attribuée à l'un des héritiers, et la seconde à l'autre. Chacun de ces héritiers pourra-t-il, en formant séparément sa

demande, être admis à la preuve testimoniale? Nous ne le pensons point.

Quoique les deux créances aient des causes différentes, et qu'elles datent de temps différents, le défunt n'aurait point été admis à en établir l'existence par témoins. Ses héritiers ne sauraient être de condition meilleure, soit qu'ils agissent séparément ou ensemble. Autrement, il serait loisible à une personne d'éluder les dispositions de l'article 1345, en léguant chaque créance à une personne différente, et, par la même raison, en faisant de l'une l'objet d'un transport en faveur d'un tiers. On objecte que l'obligation de réunir toutes ses demandes dans un même exploit, est une obligation personnelle qui ne peut être imposée aux héritiers, légataires ou ayants-cause. C'est ce méprendre étrangement sur le caractère de cette obligation. Bien loin d'être attachée à la personne, et de résulter d'une incapacité ou inaptitude personnelle, elle tient, en réalité, à la nature des demandes elles-mêmes; car, ainsi que nous l'avons déjà vu, la prohibition de la preuve testimoniale s'applique, dans le cas de l'article 1345, à chaque chef des demandes en particulier, aussi bien qu'à leur ensemble d'une manière générale. Chacun des héritiers, légataires ou ayants-cause est donc exclu de la preuve par témoins, comme l'eût été son auteur lui-même (1).

Il peut, toutefois, se présenter une difficuté pratique, lorsque l'un d'eux forme une demande distincte et séparée de la créance qui lui appartient. Mais cette difficulté est exactement la même que si le créancier originaire n'avait lui-même formé qu'un seul chef de demande, pour se soustraire aux conséquences de la jonction des divers chefs. Or, nous avons examiné cette hypothèse. Le défendeur pourra donc appeler en cause les propriétaires ou possesseurs de l'autre créance, et agir, contre toutes les parties réunies, comme s'il avait en face

(1) MARCADÉ, art. 1345, n° 2. — *Contrà,* RODIER, Ordonn. de 1667, tit. 20, art. 5. — TOULLIER, t. 9, n° 52.

un seul et unique créancier. Quant au juge, son devoir est également le même. Nous renvoyons, au surplus, à ce que nous avons dit plus haut (1).

Les observations que nous venons de présenter s'appliquent aussi au cas où une personne devant, pour diverses causes, différentes choses à une autre, charge chacun de ses héritiers d'acquitter une dette particulière qui n'excède pas cent cinquante francs. La condition du créancier ne sera pas meilleure vis-à-vis de chacun des héritiers qu'à l'égard de leur auteur. Mais nous devons remarquer que, le plus souvent, l'acte par lequel les héritiers seront chargés d'acquitter les dettes, constituera, en faveur du créancier, soit un titre parfait, soit un commencement de preuve par écrit.

18. Par les exemples que nous avons cités, on a pu déjà parfaitement comprendre en quels cas les droits sur lesquels les diverses demandes sont fondées, procèdent de personnes différentes. Cette diversité de personnes existe activement ou passivement: Activement, lorsque, étant déjà créancière, une personne est mise au lieu et place d'un tiers qui était lui-même créancier du même débiteur commun; ou lorsque cette personne succède, à un titre quelconque, à d'autres qui avaient des créances à exercer contre un même débiteur: Passivement, lorsqu'un débiteur succède, à un titre quelconque, à un autre débiteur du même créancier; ou lorsqu'on est mis au lieu et place de plusieurs personnes qui étaient débitrices envers un créancier commun. Les droits ou les obligations procèdent alors de personnes différentes, et leur réunion dans les mains de la même personne n'y apporte, sous aucuns rapports, ni changement ni altération. C'est ce qu'exprime l'article 1345, en exceptant cette hypothèse de ses dispositions prohibitives.

19. Il nous sera maintenant plus facile de compléter notre commentaire de l'article 1346.

(1) *Suprà*, n° 7.

Nous disons, tout d'abord, que nous prenons pour point de départ cette idée déjà développée, que l'article 1346 se réfère à l'article 1345, qu'il en est la sanction, et qu'en déclarant non recevables les autres demandes ultérieurement et séparément formées, ce n'est qu'en tant que le demandeur n'appuie ses prétentions que sur une preuve testimoniale qui eût été inadmissible, s'il eût joint toutes ses demandes dans la même instance. La corrélation de ces deux articles étant admise, on comprend l'influence que le commentaire de l'un exerce sur l'autre. C'est en partant d'un principe différent que la plupart des auteurs qui ont écrit sous le Code civil, et notamment MM. Aubry et Rau, annotateurs de M. Zachariæ, sont arrivés à des conséquences d'une telle exagération, suivant nous, que la crainte de multiplier les procès, à laquelle ils les rattachent, ne saurait en justifier l'iniquité.

Ainsi, de même que dans l'application de l'article 1345, on ne doit point tenir compte des demandes à l'égard desquelles la preuve testimoniale est admissible, soit parce qu'elles sont de nature commerciale, qu'il existe un commencement de preuve écrite, ou que le créancier n'a pu se procurer une preuve littérale; de même, dans l'application de l'article 1346, on ne doit point étendre la fin de non recevoir qu'il édicte aux chefs de demande qui rentrent, quant à la preuve, dans les exceptions prévues par les articles 1347 et 1348 (1).

A l'appui de l'opinion contraire, on invoque le texte même de l'article 1346. Il exige, dit-on, qu'on forme par un même exploit toutes les demandes qui ne seront pas entièrement justifiées par écrit. Or, comme un simple commencement de preuve écrite ne justifie pas entièrement la demande, puisqu'il ne fait pas une preuve complète, ses dispositions sont égale-

(1) Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, p. 521. — *Contrà*, Duranton, t. 13, n° 327. — Delvincourt, t. 2, p. 834. — Bonnier, n° 105. — Annotateurs de Zachariæ, t. 5, p. 714, 1re édit., et t. 8, p. 315, 4e édit., contrairement à l'opinion de Zachariæ. — Marcadé, art. 1346, n° 1.

ment applicables à ce cas, et, par suite, aux diverses hypothèses prévues par l'article 1348. Une semblable interprétation nous paraît outrée. En effet, à s'en tenir au texte même de l'article 1346, on voit qu'il contient lui-même la définition de ce qu'il entend par une demande non entièrement justifiée par écrit. C'est celle dont il n'y a point de preuve par écrit, suivant ses propres expressions; ou, suivant celles de l'article 1345, dont il n'y a point de titre par écrit. Or, ne peut-on pas dire également de ce dernier article qu'il exclut les exceptions prévues par les articles 1347 et 1348, puisqu'il exige un titre par écrit, c'est-à-dire une preuve littérale complète? Nous avons vu, cependant, qu'il fallait en écarter l'application dans ces cas exceptionnels. Si ce point est incontestable, il nous semble qu'on ne peut donner un sens différent au texte de l'article 1346.

Nous ajoutons que les articles 1347 et 1348 énoncent en termes généraux et sans distinction, des exceptions aux règles ci-dessus. On est ainsi amené, dans l'opinion que nous combattons, à prétendre qu'il y a exception aux règles ci-dessus, moins l'article 1346. N'est-ce pas, nous le demandons, faire violence au texte de la loi (1)?

20. Toujours en considérant ses dispositions comme absolument indépendantes, et même comme exceptionnelles, on a prétendu qu'elles s'appliquent même aux droits qui, procédant de diverses personnes, se trouvent réunis dans les mains du demandeur, au moment où il a formé sa demande, et que la partie est tenue de former toutes ses demandes par le même exploit, sous peine de voir ensuite les autres rejetées (2).

Nous pensons, au contraire, que l'exception portée en l'article 1345 domine virtuellement l'article 1346, à cause de la corrélation que nous avons déjà établie entre leurs dispositions.

(1) *Contrà*, Marcadé, art. 1347, n° 6.
(2) Duranton, Bonnier, Annotateurs de Zachariæ, *ibid.*

Quant à ces expressions de l'article 1346, à quelque titre que ce soit, elles ne nous semblent pas avoir le sens exagéré qu'on leur attribue. Elles ne signifient pas que toutes les demandes doivent être formées par le même exploit, alors même que les droits procèdent de personnes différentes, mais seulement encore que la partie allègue que les créances proviennent de différentes causes, et qu'elles se soient formées en différents temps. Cette interprétation nous paraît de beaucoup préférable, parce qu'elle a le double avantage d'établir une plus parfaite unité dans les dispositions de la loi, et de donner une satisfaction plus complète aux principes d'équité.

21. On s'est encore demandé si les articles 1345 et 1346 s'appliquaient aux droits et aux obligations non exigibles ou non échus, parce qu'il existe une condition ou un terme. Les auteurs (1) se sont en général prononcés pour la négative. Quant à nous, nous n'hésitons pas à nous décider dans un sens contraire.

L'unique raison sur laquelle se fondent nos adversaires consiste en ceci : Le demandeur peut agir pour ses créances exigibles et échues, sans être forcé d'attendre l'exigibilité ou l'échéance des autres ; et, quant à ces dernières, il ne peut les comprendre dans sa demande, puisqu'il n'a pas encore d'action ouverte. Ce raisonnement, séduisant au premier abord par sa simplicité même, n'est que spécieux.

Il faut bien le redire : Pourquoi le législateur exige-t-il, d'une part, que toutes les demandes non justifiées par écrit soient formées en même temps, et d'autre part, que la preuve testimoniale soit rejetée, si, jointes ensemble, elles excèdent la somme de cent cinquante francs? C'est que le créancier, pouvant se procurer une preuve écrite, est tenu de le faire, aussitôt que, par la consommation d'un nouvel acte, il devient

(1) Duranton, t. 13, n° 327. — Toullier, t. 9, n° 50. — Bonnier, n° 105. — Favard, Rép., v° *Preuve*, § 1, n° 14. — Marcadé, art. 1346, n° 3. — Boncenne, t. 4, p. 165.

créancier de choses qui, réunies ensemble, dépassent cette somme. Or, cette obligation de prendre une preuve littérale est la même pour les créances non encore exigibles que pour celles qui sont échues ; et si on ne retire pas une preuve de cette espèce, on contrevient, pour les unes comme pour les autres, aux prescriptions de la loi. N'est-il pas évident que l'exigibilité prétendue d'une ou de plusieurs créances, pourra servir de prétexte au demandeur pour se soustraire aux prohibitions du Code, et que, s'il lui suffit d'alléguer, pour expliquer la disjonction de ses demandes, que telle ou telle créance n'était pas encore échue lorsqu'il a introduit sa première action, il sera fait constamment dans la pratique des fraudes à la loi? Aussi est-il indifférent, lorsque toutes les demandes sont formées simultanément, que les créances sur lesquelles elles se fondent soient devenues exigibles le même jour ou à des époques différentes. Si cette diversité dans l'exigibilité des créances n'est d'aucune considération, il doit en être pareillement de l'inexigibilité elle-même, puisque, autrement, il suffirait au créancier de hâter le moment de ses premières poursuites, pour échapper à l'exclusion de la preuve testimoniale.

Mais quand nous disons que les articles 1345 et 1346 s'appliquent, sans distinction, aux droits et créances exigibles ou non exigibles, nous entendons, néanmoins, concilier l'application de ces articles avec l'observation des principes concernant les obligations dues à termes ou sous condition.

Ainsi, le demandeur ne sera pas forcé d'attendre l'exigibilité des autres créances pour agir en payement des créances échues ; il ne pourra pas non plus agir pour ce qui n'est pas exigible avant l'échéance du terme ou l'événement de la condition. Mais il devra, en formant sa demande pour les créances échues, indiquer celles qu'il se réserve de réclamer après leur échéance ou exigibilité. Le juge devra, dès lors, réunir les créances réservées à celles actuellement demandées, comme si elles avaient été formées dans la même instance, afin d'examiner, d'après leur montant réuni, si elles excèdent ou non

la somme de cent cinquante francs, et si, en conséquence, la preuve testimoniale est ou non inadmissible (1). Que si le demandeur ne fait pas cette réunion fictive de ses diverses créances, ses autres demandes qui seront ultérieurement faites, sans preuve par écrit, devront être rejetées. Ainsi se concilie l'application de l'article 1346 avec les principes relatifs aux obligations à terme ou sous condition.

22. Nous avons vu plus haut (2) que l'article 1345 est applicable même au cas où les demandes sont de nature à être portées devant des tribunaux différents. L'article 1346 devra donc également recevoir son application dans cette hypothèse. Le demandeur sera, en conséquence, tenu de réunir fictivement toutes ses demandes devant chacune des juridictions qui peuvent en être saisies, afin de mettre le juge à même de vérifier l'admissibilité de la preuve testimoniale. Faute par lui de le faire, ses autres demandes devront être plus tard rejetées, quelque soit le tribunal devant lequel elles auront été portées. Les développements dans lesquels nous sommes déjà entré nous dispensent d'insister.

23. Les articles 1345 et 1346 sont, au surplus, inapplicables aux droits et créances provenant de causes postérieures à la première action du demandeur. On ne saurait lui faire encourir aucune sorte de déchéance, puisqu'il ne lui a pas été possible de les comprendre dans sa première demande. Quelque intérêt qu'il ait eu à se procurer une preuve écrite contre un adversaire qui l'a mis dans la nécessité de le poursuivre en justice, cette raison de fait ne suffit point en droit pour faire rejeter sa demande, comme n'étant susceptible de justification qu'au moyen de la preuve testimoniale. La question doit donc être décidée, abstraction faite des premières demandes (3).

(1) Aubry et Rau, sur Zachariæ, t. 5, p. 715 et 716, 1re édit., et t. 8, p. 316, 4e édit.

(2) *Suprà*, n° 10.

(3) Duranton, t. 13, n° 327. — Zachariæ, t. 5, p. 716, 1re édit., et t. 8, p. 317, 4e édit. — Marcadé, art. 1346, n° 2. — *Contrà*, Delvincourt, t. 2, p. 834.

Mais si, contrairement aux allégations du demandeur, l'enquête ordonnée venait à établir que les droits et créances qui font le sujet de la dernière demande n'ont pas de causes postérieures à l'exercice de la première réclamation, les juges devraient, sans avoir autrement égard aux déclarations des témoins, rejeter purement et simplement la demande, si, réunie aux chefs de la première action, elle dépasse la somme de cent cinquante francs.

Article 1347.

Les règles ci-dessus reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. — On appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué.

Sommaire.

1. Les prohibitions de la preuve testimoniale sont d'ordre public.
2. Suites, conséquences. Vainement le défendeur consent à la preuve testimoniale,
3. A moins que les termes de son consentement ne forment un commencement de preuve.
4. Exception de l'article 1347.
5. Définition du commencement de preuve par écrit.
6. De qui doit émaner l'écrit?
7. Suite.
8. De l'écrit émané de tiers et autres qui ne représentent pas la personne,
9. Ou même de l'une des parties en cause, à l'égard des autres.
10. *Quid,* lorsqu'il s'agit d'habiliter un incapable?
11. En un mot, l'écrit doit être personnel. Exception des articles 1335 et 1336.
12. Peu importe que celui de qui il émane l'ait rédigé pour son compte ou pour celui d'un tiers.
13. Conditions matérielles constituant un écrit, à l'égard de celui à qui on l'oppose.
14. Suite. Ecriture. Signature.

15. Paraphe. Chiffres.
16. Peu importe le but ou la nature de l'écrit.
17. Des écrits publics.
18. Suite.
19. Suite. *Quid,* s'il n'est signé que de quelques-unes des parties?
20. Suite, en cas d'obligation conjointe ou solidaire.
21. Ecrits ayant un caractère judiciaire.
22. Peu importe que ces écrits soient signés ou non,
23. Qu'ils soient intervenus dans une autre instance entre d'autres parties.
24. *Quid,* du titre prescrit?
25. L'article 1347 ne déroge pas à la façon dont les écrits privés ou publics font foi.
26. Des écrits judiciaires périmés.
27. De la vraisemblance. Son appréciation gît en fait.
28. En quoi elle consiste.
29. Distinction entre les écrits sous le rapport de la vraisemblance.
30. Exemples divers.
31. Autres exemples.
32. Refus de répondre. Explications évasives, obscures, contradictoires.
33. L'écriture est de l'essence de certains actes. Pour d'autres, elle n'est qu'une condition de la preuve. Exceptions à l'article 1347. Principe général.
34. Louage. L'article 1715 ne s'applique qu'aux baux de maisons et de biens ruraux.
35. La preuve testimoniale est rejetée pour ces baux. Fixation du prix.
36. De la durée et autres conditions du bail. Distinction.
37. De l'exécution alléguée du bail, mais contestée. Action subsidiaire.
38. Peu importe qu'il existe un commencement de preuve par écrit.
39. Le défendeur ne peut être interrogé sur faits et articles.
40. Sociétés commerciales.
41. Transaction et compromis. Questions diverses.
42. Nantissement civil.
43. Intérêt conventionnel. Stipulation. Taux.

COMMENTAIRE.

1. Avant de passer aux exceptions énoncées dans les articles 1347 et 1348, nous devons examiner une question qui

›s domine toutes. C'est celle de savoir si les prohibitions de ι loi, concernant la preuve testimoniale, sont d'ordre public, n sorte que les juges ne puissent l'admettre quoique la partie ontre laquelle elle est proposée y consente formellement.

Ce point, on l'a déjà prévu, est controversé aujourd'hui omme sous nos anciennes ordonnances. Les autorités semlent se balancer de part et d'autre. Mais l'opinion qui nous araît la plus fondée, est que les prohibitions de la loi en cette ıatière sont d'ordre public; que le juge doit d'office rejeter la reuve testimoniale invoquée, soit que la partie adverse garde e silence, ou que même elle consente expressément à son dmission (1).

Si l'on consulte, en effet, les motifs sur lesquels la loi est ondée, on reconnaîtra sans peine que la preuve testimoniale . été déclarée inadmissible par des considérations d'ordre ›ublic et d'utilité générale. Bien que ces raisons, lorsqu'on les .pplique à chaque cause, affectent un caractère particulier, ıéanmoins, elles ne touchent pas à un intérêt seulement privé, :t ne laissent pas de concerner les intérêts les plus élevés de a société, tels que ceux de la vérité, de la justice, de la morale ›ublique et de la paix des familles.

Aussi, lorsqu'elle prohibe la preuve testimoniale, la loi ne e borne-t-elle pas à dire que la partie contre laquelle elle est nvoquée pourra s'opposer à son admission. C'est au juge luinême qu'elle s'adresse. L'ordonnance de Moulins dit : « sans

(1) JOUSSE, RODIER, BORNIER, sur l'Ordonn. de 1667, tit. 20, art. 2. – DANTY, sur Boiceau, ch. 1, addit., nos 7 et suiv. — TOULLIER, t. 9, ıos 36 et suiv. — MERLIN, Rép., v° *Preuve*, sect. 2, § 3, nos 28 et uiv. — BONCENNE, t. 4, p. 223 et suiv. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 695, re édit., et t. 8, p. 295, 4e édit. — MARCADÉ, art. 1348, n° 8. — Caen, 30 avril 1860. SIREY, 61, 2, 93. — *Contrà*, DUPARC-POULLAIN, *Principes du droit*, t. 9, nos 40 et 41. — FAVARD, Rép., v° *Enquête*, ect 1, § 1, n° 3. — THOMINE-DESMAZURES, *Procédure civile*, t. 1, ı° 295. — CARRÉ, *Procédure*, *Quest.*, 976. — BONNIER, n° 115. — DURANTON, t. 13, nos 328 et 329. — Bourges, 16 déc. 1826. SIREY, 27, 2, 120. — Rennes, 25 fév. 1841. SIREY, 41, 2, 427.

recevoir aucune preuve par témoins »; l'ordonnnance de 1667 « ne sera reçu aucune preuve par témoins »; l'article 1341 : « il n'est reçu aucune preuve par témoins ». Enfin, le Code de procédure veut que les faits articulés soient admissibles. Cette injonction, adressée au juge personnellement, de ne pas recevoir la preuve testimoniale dans les cas où ce genre de preuve est prohibé, est donc indépendante de tout consentement et adhésion donnés par la partie adverse. Le demandeur et le défendeur ne peuvent, au moyen d'un accord privé, obliger le juge de se mettre au-dessus des prohibitions de la loi, dont il est chargé, au contraire, d'assurer, dans un intérêt public, l'entière et complète exécution.

Nous devons même signaler, sur ce point, une inconséquence de quelques-uns des auteurs dont nous combattons l'opinion. La partie contre laquelle la preuve testimoniale est invoquée garde-t-elle le silence, se borne-t-elle à ne point s'opposer expressément à son admission? Ils reconnaissent que c'est un droit et même un devoir du juge de rejeter d'office la preuve offerte. Mais si elle déclare consentir à ce qu'elle soit admise, le juge a, suivant eux, la faculté, en donnant acte de ce consentement, d'ordonner une enquête, et, sans doute aussi, de se décider, d'ores et déjà, sur de simples présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes. Cette distinction nous paraît ne reposer sur aucune espèce de fondement. Elle ramène, malgré eux, ceux qui la proposent à reconnaître que les prohibitions de la loi, concernant la preuve testimoniale, sont d'ordre public. Car, comment le juge pourrait-il rejeter d'office la preuve par témoins, quand le défendeur ne s'y oppose pas, et suppléer ainsi une exception qui n'est pas proposée, si la matière n'appartient à l'ordre public? Il faut donc écarter toute distinction, et reconnaître, sous peine d'inconséquence, que le juge doit rejeter d'office la preuve testimoniale, dans les cas où la loi la déclare inadmissible, soit que la partie ne s'oppose pas ou qu'elle consente formellement à son admission; ou bien, au contraire, qu'il a la faculté de l'admettre dans l'une et l'autre de ces hypothèses.

eut-être pourrait-on soutenir que le consentement donné le défendeur à l'admission de la preuve testimoniale, hors cas prévus par la loi, forme un contrat judiciaire, par uel les parties, d'ailleurs capables de contracter, s'en ettent volontairement au jugement des témoins, et prent les juges pour arbitres, amiables compositeurs, en les pensant des formes de droit. Quand bien même il serait ordé que telle a été la pensée commune des parties, la ution de notre question n'en serait pas pour cela plus ncée. Car il resterait toujours à démontrer comment les es eux-mêmes sont liés par ce prétendu contrat judicaire. les parties capables de transiger et de compromettre ettent la décision de leur contestation à des arbitres auxls elles confèrent, à cet effet, les pouvoirs les plus étendus; ces arbitres, amiables compositeurs, dispensés des formes lroit, admettent la preuve testimoniale, dans des cas où ce re de preuve ne serait pas admissible, suivant la rigueur lroit, on le comprend sans peine. Car telles sont les conuences du compromis qui lie les parties entre elles et fonde pouvoirs des arbitres. Mais la condition des juges ordies est essentiellement différente. Leur juridiction est osée et non volontaire; elle émane de la loi, et non d'un rat privé; leurs pouvoirs ont une indépendance absolue, aucun caractère de précarité, et, dans la haute sphère où place leur origine, ils ne sauraient être atteints ni gênés les conventions particulières des plaideurs. Revient donc tamment la question de savoir si les prohibitions de la concernant la preuve testimomiale, sont ou non d'ordre lic. Or l'inexactitude même de cette assimilation que l'on endrait vainement établir entre les juges ordinaires et les tres, vient confirmer la solution à laquelle nous avons cru oir nous arrêter.

Du principe que les dispositions qui prohibent la preuve moniale sont d'ordre public, il suit, d'abord quant au juge,

qu'il doit la rejeter d'office, soit que la partie ne s'oppose p ou qu'elle consente expressément à son admission; qu'il d même, s'il l'a ordonnée, n'avoir aucun égard aux enquêt lors du jugement définitif, du moment qu'il reconnaît qu'ell ont eu lieu illégalement;

Quant à la partie, qu'elle est encore en droit de faire app ou de se pourvoir en cassation du jugement interlocutoir qu'elle peut enfin appeler du jugement définitif, rendu conséquence du jugement interlocutoire, et se prévaloir alo de la maxime que l'interlocutoire ne lie pas le juge. Dans cas, bien différent de celui où la preuve par témoins n'est p prohibée en soi, il ne saurait résulter aucune fin de non rec voir contre une loi d'ordre public, ni du fait du juge, ni de renonciation anticipée de la partie.

On comprend sans peine que les auteurs qui donnent autre caractère à la prohibition de la preuve testimonial repoussent ces diverses conséquences. Mais il paraîtra sa doute étrange que, parmi ceux qui la considèrent comme d'o dre public, il y en ait qui ne les admettent point complètemen Ainsi, sous l'ordonnance de 1667, Jousse pensait que si la part qui a intérêt d'empêcher la preuve, avait consenti, en term exprès, à cette preuve par témoins, quoiqu'au-dessus de ce livres (aujourd'hui cent cinquante francs), cette partie ne ser plus ensuite recevable à interjeter appel. N'est-ce pas u inconséquence dans l'opinion de cet estimable commentateu Car il est difficile d'admettre comment un consentement form qui ne lie point le juge obligerait cependant la partie. No disons donc que le caractère des prohibitions de la loi, cette matière, doit être tout un ou tout autre, d'ordre publ ou seulement d'intérêt privé, et que, l'un ou l'autre de c principes étant admis, il faut avoir, si ce mot est possibl le courage de ses conséquences.

Que l'on veuille bien remarquer que nous n'autorisons l'a pel ou le pourvoi que dans le cas où la preuve testimoniale e en soi prohibée. Ni l'appel ni le pourvoi ne seraient recevabl

; la part de la partie qui aurait acquiescé au jugement inter-cutoire, en l'exécutant sans protestations ni réserves, alors ie ce jugement a été rendu sur les explications fournies par s parties, explications qu'il a considérées comme établissant ı commencement de preuve écrite. C'est qu'alors l'exécu-on volontaire, jointe aux motifs mêmes de l'interlocutoire ı'elle vient confirmer, ne lui permet pas de soutenir que l'en-ıête a été illégalement ordonnée (1).

Du reste, quelque soit le mal jugé, comme après tout le gement une fois rendu ne statue que sur des intérêts privés, est, comme tout autre, susceptible d'acquiescement exprès ı tacite.

3. Nous terminerons, sur ce point, par une dernière obser-tion. Quelquefois, les termes dans lesquels le défendeur éclarera consentir à l'admission de la preuve testimoniale, rtout lorsque ce consentement aura été donné après expli-tions fournies à l'audience, pourront fournir un commence-ent de preuve écrite qui rende vraisemblable le fait allégué. elle paraît être l'hypothèse dans laquelle la Cour de Bordeaux rendu un arrêt le 16 janvier 1846 (2). Mais alors remarquons nouveau que la preuve testimoniale a été régulièrement mise, non pas en conséquence du consentement donné par défendeur, mais en vertu d'un commencement de preuve r écrit.

4. Nous sommes ainsi amené à traiter de la première excep-n consacrée par l'article 1347. « Les règles ci-dessus, dit-il, çoivent exception lorsqu'il existe un commencement de euve par écrit » ; c'est-à-dire que les prohibitions de recevoir preuve testimoniale, édictées par les articles 1341 et sui-nts, y compris même l'article 1346, cessent lorsqu'il existe commencement de preuve écrite, soit qu'il s'agisse d'éta-

1) Cass., 21 mars 1843. Sirey, 43, 1, 403.
(2) Sirey, 46, 2, 209.

blir par témoins l'existence d'un fait juridique dont l'intérêt e supérieur à la somme de cent cinquante francs, ou qu'il s'agis d'administrer une preuve du même genre contre et outre contenu aux actes, et sur ce qui serait allégué avoir été avant, lors ou depuis ces actes, quelle que soit la somme valeur que le débat mette en question.

A ce premier point de vue, l'exception est aussi généra que la règle elle-même (1). Nous verrons, cependant, qu existe certains actes particuliers qui doivent essentielleme être prouvés par écrit, sans que, en aucun cas, la preuve te timoniale de leur existence puisse être admise, même avec concours et l'appui d'un commencement de preuve écrite.

Cette exception de l'article 1347 est aussi ancienne que l prohibition, et, si l'ordonnance de Moulins ne l'avait poir expressément admise, néanmoins, elle avait passé comme prir cipe incontestable dans la jurisprudence et dans la doctrine Aussi, l'ordonnance de 1667, titre 20, article 3, l'a-t-elle foi mellement consacrée.

5. Notre article est allé plus loin : il donne la définition d ce qu'on doit entendre par commencement de preuve par écrit « On appelle ainsi, dit-il, tout acte par écrit qui est émané d celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'i représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué. » Cett manière de définir est elle-même une véritable disposition car elle indique les conditions essentielles de tout commence ment de preuve par écrit. Le silence de nos anciennes ordon nances sur ce point avait autorisé un très grand relâchemen de la part de la doctrine et de la jurisprudence. De pareils abus d'interprétation ne sont plus possibles maintenant.

Lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, on conçoit que la preuve testimoniale cesse de présenter les mêmes dangers d'erreur, d'incertitude, de mensonge et de mauvaise

(1) Cass., 18 août 1873. Sirey, 74, 1, 213.

foi. Elle n'est plus alors invoquée que comme complément de présomptions qui existent déjà, et à l'appui de la vraisemblance qui approche de la vérité même. On peut même dire que souvent le concours de la preuve testimoniale et de la preuve écrite, qui se complètent en même temps qu'elles se contrôlent, offre au juge plus de garanties de vérité et de justice qu'un seul titre écrit qui, par lui-même, ferait preuve entière.

Il existe sur cette matière une très nombreuse jurisprudence. Notre devoir est surtout d'y rechercher les principes généraux, plutôt que de citer des arrêts qui se rencontrent presque à chaque page dans les différents recueils. Les décisions judiciaires, ont, d'ailleurs, ici une importance d'autant moins considérable, qu'il se mêle toujours au point de droit une question de fait et de circonstances.

Il résulte, en effet, de la définition même du commencement de preuve par écrit, qu'il n'existe que moyennant le concours d'une double condition. Il faut 1° qu'il existe un écrit; 2° que cet écrit rende vraisemblable le fait allégué

6. Mais cet écrit lui-même doit remplir certaines conditions spéciales, indépendamment des présomptions plus ou moins graves qu'il peut fournir sur l'existence du fait qu'il s'agit de prouver. Il doit émaner de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente (1347), ou bien enfin, par identité de raisons, de celui par lequel il a été représenté.

Ainsi, l'écrit émané d'un tiers ne saurait valoir comme commencement de preuve écrite. Il ne constitue, en effet, qu'une déclaration de témoin, et ne vaut que comme preuve testimoniale. L'article 1347 à fait cesser sur ce point le doute qui avait pu exister sous l'empire de nos anciennes ordonnances, qui ne définissaient point le commencement de preuve par écrit.

A plus forte raison, les écrits émanés de ceux qui les opposent ne peuvent-ils faire en leur faveur un commencement de

preuve écrite. Il n'y a même pas à faire aujourd'hui, ainsi que nous l'avons établi sous l'article 1329 (1), de distinction à l'égard des livres et registres des commerçants, bien qu'ils autorisent le juge à déférer au commerçant qui les produit le serment supplétif, et quelle qu'ait été sous nos anciennes ordonnances l'opinion contraire des auteurs (2).

Aujourd'hui, d'après l'article 1330, les livres des marchands font preuve contre eux, et, à plus forte raison, un commencement de preuve par écrit. Ils rentrent ainsi dans la règle générale.

7. Un écrit est censé émané de la personne à laquelle on l'oppose, lorsqu'il émane de son auteur ou de son mandataire (3).

Les écrits émanés d'une personne peuvent donc être opposés à ses héritiers, successeurs et ayants-cause, comme formant à leur égard un commencement de preuve par écrit. Tels sont les écrits émanés du vendeur à l'égard de son acquéreur; du donateur à l'égard du donataire; du débiteur à l'égard de ses créanciers, qui exercent ses droits et actions conformément à l'article 1166; enfin, de tout mandataire ou administrateur à l'égard du mandant ou administré, en ce qui concerne les actes qui rentraient dans les pouvoirs de son mandat ou de son administration.

Par application de ce principe, on doit reconnaître que les écrits émanés du tuteur ou du mari forment un commencement de preuve par écrit à l'égard du pupille ou de la femme;

Qu'il en est de même des livres et registres d'un banquier

(1) N° 16.

(2) Dumoulin, *Comment. in Cod.*, liv. 4, tit. 1. — Danty, sur Boiceau, p. 2, ch. 8. — Jousse, Ordonn. de 1667, tit. 20, art. 3. — Pothier, *Oblig.*, n° 772.

(3) Toullier, t. 9, n° 67. — Zachariæ, t. 5, p. 735, 1re édit., et t. 8, p. 332, 4e édit. — Riom, 10 juin 1817. Sirey, 18, 2, 135. — Cass., 23 nov. 1869. Sirey, 70, 1, 59.

ou d'un notaire, qui a agi en qualité de mandataire, à l'égard du mandant (1);

Et, du moins jusqu'à désaveu, des déclarations contenues dans une requête signifiée par acte d'avoué à avoué, quoiqu'elle n'ait pas été signée de la partie au nom de laquelle elle a été signifiée et à qui on l'oppose (2);

De même enfin des énonciations concernant l'existence d'un acte, et insérées dans les qualités d'un jugement (3).

8. Mais lorsque la personne à qui on oppose l'écrit ne représente à aucun titre celle de qui cet écrit émane, et qu'elle n'a pas été non plus représentée par elle, on ne saurait y voir un commencement de preuve écrite qui lui soit légalement opposable. Il importe même peu qu'elle ait eu un intérêt quelconque à participer à la consommation de l'acte dont l'écrit invoqué rend l'existence vraisemblable, à l'égard de ceux qui sont prétendus l'avoir accompli.

Tels sont les écrits émanés du simple *negotiorum gestor*, si le maître ou propriétaire n'a donné aux actes de sa gestion aucune ratification expresse ni tacite;

Ceux émanés du mari, à l'égard de sa femme séparée de biens, pour laquelle il agit sans mandat et simplement comme *negotiorum gestor* (4);

De la veuve qui reconnaît une dette de la communauté, à l'égard des héritiers de son mari (5);

D'un copropriétaire ou cohéritier indivis, à l'égard de son consort qui n'a donné ni mandat ni ratification (6).

(1) Toulouse, 25 nov. 1831. SIREY, 34, 2, 524. — Cass., 10 août 1840. SIREY, 40, 1, 875.

(2) TOULLIER, t. 9, n° 126. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 735, 1re édit., et t. 8, p. 337, 4e édit. — Bordeaux, 18 janv. 1839. SIREY, 39, 2, 261. — Paris, 14 juin 1843. SIREY, 43, 2, 336.

(3) Cass., 7 juill. 1840. SIREY, 40, 1, 777.

(4) Cass., 8 déc. 1834. SIREY, 35, 1, 444.

(5) POTHIER, *Oblig.*, n° 773. — DURANTON, t. 13, n° 351.

(6) ZACHARIÆ, t. 5, p. 735, 1re édit., et t. 8, p. 338, 4e édit. — Cass., 30 déc. 1839. SIREY, 40, 1, 139. — 17 nov. 1858. SIREY, 59, 1, 905. — Caen, 19 juin 1866. SIREY, 67, 2, 19.

9. L'écrit doit tellement avoir un caractère personnel à celui à qui on l'oppose, qu'il n'est pas permis de puiser un commencement de preuve par écrit, envers les autres parties qui figurent dans la contestation, dans l'interrogatoire subi en justice par une autre partie en cause, et, dans ses réponses consignées par écrit, quelque vraisemblance qu'ils donnent, d'ailleurs, au fait allégué (1).

Et, de là, nous concluons que les juges ne peuvent ordonner la mise en cause ou la comparution personnelle à l'audience de tiers qui ne figurent point dans le procès, et ne peuvent être entendus qu'à titre de témoins. Une semblable mesure est d'abord inutile, puisque les déclarations de ces tiers étrangers ne peuvent fournir aucun commencement de preuve par écrit envers les parties véritables au procès. Elle est ensuite illégale, puisque ce serait un moyen facile d'éluder la loi, qui prohibe la preuve testimoniale ou entoure son administration de précautions et de garanties particulières. Nous ajoutons même que, s'agissant d'une matière qui touche à l'ordre public, les parties y donneraient en vain leur consentement d'une manière formelle et positive (2).

10. Lorsqu'il s'agit de l'accomplissement de conditions et de formalités particulières, exigées pour habiliter un incapable, tel qu'un mineur, une femme mariée, l'écrit duquel on prétend induire un commencement de preuve, touchant l'accomplissement de ces conditions et formalités, doit émaner de la personne dont l'autorisation et le concours étaient nécessaires. Les écrits émanés de l'incapable seul seraient insuffisants. Outre que son incapacité personnelle infirme ses déclarations il n'y a aucun lien de connexité entre l'existence prouvée de son engagement et l'accomplissement des conditions et formalités moyennant lesquelles seules il a pu valablement s'engager.

(1) Zachariæ, *ibid.* — Paris, 20 nov. 1836. Sirey, 37, 2, 34.

(2) Bordeaux, 24 janv. 1849. Sirey, 49, 2, 437. — *Contrà,* Caen, 27 mars 1847. Sirey, 48, 2, 191.

11. Telle est donc la première condition exigée pour qu'un écrit puisse valoir comme commencement de preuve écrite. Il doit être personnel à celui à qui on l'oppose, soit qu'il émane de lui personnellement; ou de ceux qu'il représente comme héritier, successeur ou ayant-cause; ou de ceux qui l'ont représenté, comme mandataire ou administrateur. Si ce caractère de personnalité vient à manquer, il n'y a plus qu'un écrit émané d'un tiers; et, comme il n'a d'autre valeur qu'un simple témoignage, il ne peut être opposé à la partie pas plus que la preuve testimoniale.

Que si, en dehors des termes précis de l'article 1347, les articles 1335 et 1336 disposent que, dans certains cas, les copies et transcriptions d'actes publics peuvent servir de commencement de preuve par écrit, ce n'est là qu'une exception qui confirme la règle, et qui, à ce titre, ne doit, sous aucun prétexte d'analogie, être étendue à des cas différents. Il convient donc de revenir constamment à la règle générale posée par l'article 1347, qui seul contient, en principe absolu, la définition du commencement de preuve par écrit.

C'est en se plaçant à un point de vue opposé et en prenant l'exception pour la règle, que M. Toullier (1) est arrivé à prétendre qu'il y avait certains actes, autres que ceux formellement prévus par les articles 1335 et 1336, capables néanmoins de produire un commencement de preuve par écrit, quoiqu'ils n'émanent point de la partie à laquelle on les oppose. Une pareille conséquence est en opposition trop directe avec le texte de l'article 1347 pour qu'il soit nécessaire d'insister sur la réfutation de ce système.

12. On a prétendu que l'écrit, pour être personnel à celui contre lequel on l'invoque, devait contenir des dispositions ou déclarations qui lui fussent propres, ou qu'il se fût du moins appropriés; que, conséquemment, on ne pouvait les opposer

(1) T. 9, nos 68 et suiv.

comme contenant un commencement de preuve par écrit à la personne qui n'avait fait que rédiger l'acte pour le compte des parties contractantes, par exemple, à un notaire (1).

Mais cette opinion nous paraît en contradiction avec la généralité des termes de l'article 1347. Rien n'oblige d'ailleurs un notaire, pas plus qu'un simple particulier, de rédiger un acte contenant des énonciations ou dispositions qui supposent, à son préjudice, l'existence d'une obligation ou l'extinction d'un droit. Comme la rédaction en est parfaitement volontaire de leur part, l'écrit est réellement émané d'eux ; et il ne reste plus qu'à apprécier le degré de vraisemblance qui en résulte, touchant l'existence du fait allégué (2).

13. Mais cette première condition de la personnalité de l'écrit en présuppose elle-même une autre qui est essentiellement fondamentale. Elle touche à l'écriture même, à son existence comme œuvre personnelle de celui à qui on l'oppose. On ne peut dire, en effet, qu'un écrit émane d'une personne, de son auteur ou représentant, si, comme corps d'écriture ou de signature, il n'est l'ouvrage propre de celui auquel on l'oppose, ou de celui qu'il représente ou par lequel il a été représenté. Cette condition est donc en quelque sorte matérielle, en tant du moins qu'il s'agit d'écrit privé et de son existence comme pièce écrite.

Ainsi, l'écrit qui n'est ni écrit ni signé par celui contre lequel on s'en prévaut, n'établit contre lui aucun commencement de preuve écrite, alors même qu'il est allégué qu'il y a apposé, en forme de signature, sa marque ou sa croix (3).

De même, une simple note trouvée dans les papiers du

(1) Zachariæ, t. 5, p. 729, 1re édit. — Bordeaux, 14 fév. 1832. Sirey, 32, 2, 292.

(2) Cass., 4 avril 1838. Sirey, 38, 1, 732. Voy. aussi Zachariæ, t. 8, p. 332, 4e édit.

(3) Zachariæ, t. 5, p. 644, 730, 1re édit., et t. 8, p. 220 et 333, 4e édit.

créancier, mais non écrite ni signée par lui, ne fait pas preuve du payement qu'elle énonce, et ne vaut même pas comme commencement de preuve par écrit de la libération du débiteur (1).

Réciproquement, le créancier ne peut se prévaloir de quittances trouvées parmi les papiers du débiteur, pour prétendre que la prescription de sa créance a été interrompue par les payements effectués, comme contenant reconnaissance de la part de l'obligé. Il ne résulte point, en effet, de ce que ces quittances ont été trouvées parmi les papiers du débiteur, que ce dernier ait entendu reconnaître comme sincères et exactes les énonciations de payement qu'elles contiennent, s'il n'existe d'ailleurs aucune annotation ou autre écrit quelconque émané de lui, qui témoigne de sa volonté de se les approprier (2); ou bien à moins qu'il ne les ait produites en justice, et ne les ait invoquées lui-même, reconnaissant ainsi la sincérité des payements qu'elles énoncent (3).

14. Mais il suffit de la signature, quoique le corps d'écriture soit de la main d'un tiers; ou du corps d'écriture, quoiqu'il ne soit pas signé, pour qu'il y ait commencement de preuve par écrit contre celui de qui émane la signature ou l'écriture (4).

Ainsi, le corps d'écriture émané du tiers que l'on prétend avoir abusé d'un blanc-seing, peut établir un commencement de preuve par écrit de cet abus de blanc-seing. Il en existe, dans la différence et la disposition des écriture et signature, une sorte d'indice matériel (5).

(1) Cass., 9 nov. 1842. SIREY, 43, 1, 704. — Voy. encore art. 1331, n° 9.

(2) ZACHARIÆ, t. 5, p. 730, 1re édit., et t. 8, p. 333, 4e édit. — *Contrà*, TOULLIER, t. 9, n° 99.

(3) DANTY, sur Boiceau, ch. 14, n° 17. — TOULLIER, t. 9, n° 98.

(4) POTHIER, *Oblig.*, n° 771. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 731, 1re édit., et t. 8, p. 334, 4e édit. — TOULLIER, t. 9, nos 128 et suiv. — DURANTON, t. 13, n° 350. — Cass., 3 déc. 1818. SIREY, 19, 1, 160.

(5) Riom, 30 mars 1844. SIREY, 44, 2, 321.

La Cour de Paris (1) est même allée plus loin. Elle a décidé que l'on pouvait voir un commencement de preuve par écrit dans le cas où la partie, ayant apposé son paraphe au bas d'une première page, et commencé sa signature au bas de l'acte, n'avait pu en tracer que la première lettre, à cause de la mort qui l'avait subitement frappée. Cette décision est sans doute parfaitement fondée. Mais si, en droit, elle est incontestable, il n'en est pas moins vrai, en fait, qu'il y aurait un péril extrême à ne pas tenir compte, dans des cas aussi extraordinaires, des circonstances particulières de chaque cause. Ce n'est plus, dès lors, qu'une question de vraisemblance qui laisse intact le point de droit.

15. Mais le paraphe seul, sans aucun des caractères ordinaires de l'alphabet, ne constitue point un écrit capable d'établir un commencement de preuve littérale.

N'ont pas plus de valeur les chiffres et opérations de calculs, sans mélange d'aucune écriture qui en détermine le sens et en indique l'intention. Ce n'est pas seulement à cause du degré insuffisant de vraisemblance qu'un simple paraphe ou des chiffres sont habituellement appelés à produire ; mais c'est aussi surtout parce que, en droit, ils ne peuvent être considérés comme formant un écrit, dans le sens où la loi, d'accord avec le langage ordinaire, emploie cette expression.

16. Peu importe, au surplus, le but dans lequel l'écrit ait été rédigé. Il est indifférent qu'il l'ait été en vue précisément de constater le fait allégué, ou tout autre fait qui ne forme le sujet d'aucune contestation. Il n'y a pas non plus à distinguer entre ce qui n'est mentionné qu'en termes énonciatifs et ce qui est constaté comme convention ou disposition formelle. Peu importe même que les simples énonciations aient un rapport direct avec la disposition, ou qu'elles lui soient étrangères. Si, dans le premier cas, elles font foi, dans le second elles

(1) 27 mars 1841. Sirey, 42, 2, 10.

ɔeuvent, néanmoins, servir de commencement de preuve 1320).

Il n'y a enfin aucune distinction à faire entre la nature et 'espèce des écrits privés. Les registres et papiers domestiques; les livres de commerce; les lettres missives de nature à ˈtre représentées en justice; les écritures mises au dos, à la uite ou en marge d'un titre (1); les simples notes écrites sur euilles volantes; les actes instrumentaires insuffisants pour ɔroduire une preuve complète, peuvent, tout aussi bien que les ·nonciations contenues dans des actes plus réguliers, constituer ın commencement de preuve par écrit contre celui de qui ils ·manent.

Un testament olographe, nul à ce titre, a pu, conséquemnent, être très légalement considéré comme produisant un ommencement de preuve d'un dépôt fait entre les mains du estateur (2).

17. Mais les écrits privés ne sont pas les seuls qui fournisent un commencement de preuve littérale. Il peut également ·ésulter des actes authentiques un commencement de preuve le cette nature. Pris au pied de la lettre, le mot, émanée, semɔlerait signifier que l'article 1347 exige que l'écrit soit de la nain même, *e manu*, de celui auquel on l'oppose. Mais cette ·xpression ne doit pas être prise dans une acception aussi ·igoureusement littérale. Un écrit ne laisse pas d'être censé ·manè d'une personne, bien qu'il ne soit pas de sa main, lorsque, de son consentement, avec sa participation, sur ses proɔres déclarations, sur sa demande personnelle, ou sur la ɔoursuite de son adversaire, ou même sur la provocation du uge ou autre fonctionnaire compétent, il a été rédigé par un ɔfficier public ayant le droit d'instrumenter, et avec les solenıités requises (3).

(1) Cass., 7 déc. 1836. DALLOZ, 37, 1, 83.
(2) Pau, 13 juill. 1822. SIREY, 22, 2, 337.
(3) Cass., 16 mars 1881. SIREY, 81, 1, 311.

Quelque soit le but dans lequel il a été dressé, quelles que soient les parties entre lesquelles il est intervenu, quelles que soient sa forme et sa nature, il n'en produit pas moins un commencement de preuve par écrit, même quant aux énonciations étrangères à la disposition principale qu'il avait pour objet d'établir et de constater.

Peu importe même qu'il soit ou non signé de la partie à qui on l'oppose, à moins que l'apposition de sa signature ne soit requise comme condition essentielle de sa validité.

18. La seule condition qui soit alors exigée, sans parler de la vraisemblance, est que l'écrit public ait été drèssé par un officier compétent et avec les solennités requises. Il doit, en effet, commencer par faire foi en lui-même pour produire un commencement de preuve écrite. Aussi, lorsqu'un acte est invoqué comme acte authentique et public, et qu'il ne peut valoir en cette qualité, soit à cause d'un vice de forme, soit à raison de l'incompétence du fonctionnaire, il ne saurait produire un commencement de preuve par écrit (1).

Du moment que cet acte est nul comme authentique, l'attestation du fonctionnaire qui l'a reçu ne vaut plus, ainsi que le dit fort bien Pothier, que comme déclaration privée d'un témoin. Il ne peut donc, à aucun titre, être opposé aux parties qui y figurent.

19. Cependant, s'il était signé d'elles, il vaudrait, à leur égard, comme écrit privé (1318).

Et même, s'il n'était signé que de l'une d'elles, il pourrait encore valoir envers elle comme commencement de preuve par écrit. Il n'y a même pas à distinguer entre les contrats synallagmatiques et les conventions unilatérales. L'acte nul comme authentique vaut toujours comme commencement de preuve

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 774. — Zachariæ, t. 5, p. 733, 1re édit., et t. 8, p. 336, 4e édit. — Duranton, t. 13, n° 352. — *Contrà*, Toullier, t. 9, n° 90.

écrite, à l'égard de la partie qui l'a signé, quoiqu'il ne soit pas revêtu de la signature de l'autre (1).

Il est vrai que, dans ce cas, l'un des contractants a contre son adversaire une preuve qui manque à ce dernier, et que, sous ce rapport, il n'y a pas entre eux égalité de position. Mais il ne s'ensuit nullement que l'on doive repousser cette preuve, sous le seul prétexte que l'autre partie n'est pas également à même de s'en prévaloir. Quelle qu'ait été l'intention du législateur d'établir entre les parties, lorsqu'il s'agit de conventions synallagmatiques, une égalité aussi complète que possible, cependant, il n'a pas entendu subordonner l'admission de toute preuve, ou de tout commencement de preuve, à la condition qu'il serait également à la disposition de tous les contractants de l'invoquer les uns envers les autres. Aussi, avons-nous pensé (2) que l'inobservation des formalités du double écrit n'empêchent pas l'acte de valoir comme commencement de preuve écrite. Les mêmes raisons de décider existent ici, dans le cas où l'acte nul comme acte public n'est signé que de l'un des contractants.

Quant aux parties qui ne l'ont point revêtu de leurs signatures, il n'y a pas de doute qu'il ne fournit contre elles aucune espèce de preuve, quand bien même il s'agirait d'un contrat synallagmatique, dont l'un aurait ainsi un commencement de preuve, tandis que l'autre n'en aurait aucune. Vainement, pour égaliser les positions et établir une équitable réciprocité, prétendrait-on y puiser également pour toutes un commencement de preuve. Cette opinion, suivant laquelle le commencement de preuve serait rendu commun à tous les contractants, n'est pas mieux fondée que l'opinion inverse, suivant laquelle il serait, au contraire, également annulé pour tous (3).

(1) Zachariæ, t. 5, p. 734, n^te 21, 1re édit., et t. 8, p. 337, n^te 27. — *Contrà*, Duranton, t. 13, n° 352.
(2) Art. 1325, n° 38.
(3) *Contrà*, Toullier, t. 9, n° 90.

20. Cependant, s'il s'agit d'une obligation conjointe ou solidaire, et, que les signataires de l'acte prétendent qu'ils n'ont entendu s'engager que sous la condition que les autres, non signataires, se seraient eux-mêmes obligés conjointement ou solidairement avec eux, la partie qui se prévaut de l'acte pourra-t-elle s'en emparer contre ceux qui l'ont signé, et soutenir qu'ils se sont engagés sans subordonner l'existence de leur obligation au concours des autres? L'acte pourra-t-il être considéré comme contenant, à l'appui de cette allégation, un commencement de preuve par écrit?

Ce n'est là qu'une question de fait, dont la solution dépend de l'appréciation des circonstances. Car, si la signature apposée par l'une des parties établit contre elle un commencement de preuve par écrit de l'existence de son engagement, il ne s'ensuit pas nécessairement et immédiatement une preuve de même nature qu'elle ait entendu s'engager seule et en l'absence des autres. Mais les circonstances de la cause peuvent concourir à établir la vraisemblance de cette allégation, et les juges ont déjà un commencement de preuve qui les autorise à admettre toutes présomptions (1).

21. Nous n'essayerons pas de donner ici le dénombrement, qui serait certainement incomplet, des actes publics qui peuvent renfermer des déclarations et énonciations capables de produire un commencement de preuve par écrit. Il doit nous suffire d'indiquer, à l'appui des règles générales, quelques actes auxquels la pratique semble donner une importance plus considérable.

Tels sont les interrogatoires sur faits et articles (2); les

(1) Voy. art. 1325, n° 38. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 734, 1re édit., et t. 8, p. 337, 4e édit.

(2) TOULLIER, t. 9, nos 116 et suiv. — CHAUVEAU, sur Carré, n° 1262. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 732, 1re édit., et t. 8, p. 335, 4e édit. — BONCENNE, t. 4, p. 551. — Cass., 10 mars 1835. SIREY, 35, 1, 392. — 6 avril 1836. SIREY, 36, 1, 747. — 19 juin 1839. SIREY, 39, 1, 162. — 15 mars 1843. SIREY. 43, 1, 684. — 14 janvier 1868. SIREY, 68, 1, 292.

reconnaissances faites en justice de l'existence d'un acte, alors même que cet acte n'est point représenté (1); les déclarations faites par les parties dans une comparution en personne, soit qu'il en ait été ou non requis et donné acte, soit qu'elles aient été ou non constatées par procès-verbal régulier avant le jugement rendu, pourvu qu'elles aient été consignées dans les motifs ou les qualités du jugement (2); les dires, aveux et déclarations dont il a été dressé procès-verbal au bureau de conciliation (3); mais non ceux qui sont mentionnés dans un procès-verbal de non conciliation, s'ils ne sont signés de la partie, le juge ne devant faire que sommairement mention que les parties n'ont pu s'accorder (Art. 54, C. pr.) (4); les interrogatoires subis en matière criminelle ou correctionnelle (5); à la différence de ceux qui sont subis à l'audience de police simple ou correctionnelle, et sont consignés dans les notes sommaires du greffier, parce que cet écrit n'est ni lu ni signé par le magistrat, ni relu au prévenu, ni signé par lui; qu'il n'est pas émané de lui; qu'il n'est que l'ouvrage personnel du greffier, à qui la loi n'a pas donné de mission spéciale

(1) Cass., 19 déc. 1849 SIREY, 50, 1, 717.

(2) ZACHARIÆ, t. 8, p. 335, 4e édit. — Cass., 29 nov. 1842. SIREY, 43, 1, 241. — 2 janv. 1843. SIREY, 43, 1, 428. — 7 mars 1843. SIREY, 43, 1, 285. — Nîmes, 9 janv. 1861. SIREY, 61, 2, 267. — Cass., avril 1864. SIREY, 64, 1, 215. — 22 août 1864. SIREY, 64, 1, 449. — 29 déc. 1879. SIREY, 81, 1, 127. — 24 juin 1878. SIREY, 80, 1, 05. — Poitiers, 25 avril 1883. SIREY, 84, 2, 78. — Voy. cep. TOULLIER, t. 9, n° 127. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 732, nte 17, 1re édit., et notamment Lyon, 9 avril 1862. SIREY, 63, 2, 104, sur les déclarations faites par les parties en la Chambre du conseil, même avec assistance de leurs défenseurs et procès-verbal du greffier, et Amiens, 22 janv. 1878. SIREY, 78, 2, 213, sur les réponses d'une partie dont il n'a été tenu qu'une simple note par le greffier.

(3) TOULLIER, t. 9, nos 119 et suiv. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 732, 1re édit., et t. 8, p. 336, 4e édit.

(4) Cass., Belgique, 4 mai 1882. SIREY, 82, 4, 290. — Besançon, juill. 1881. SIREY, 82, 2, 180.

(5) ZACHARIÆ, *ibid.* — Cass., 21 janv. 1843. SIREY, 43, 1, 660. — juill. 1846. SIREY, 46, 1, 757. — Bordeaux, 2 mai 1871. SIREY, 71, 2, 221.

à cet effet, et qu'il n'offre d'autres garanties de sa véracité e de son exactitude que la mémoire et le discernement d rédacteur (1); enfin, les déclarations faites en qualité d témoin, soit devant la juridiction civile, soit devant la juridic tion criminelle, correctionnelle ou de simple police, soit qu les déclarations aient été recueillies par un juge-commissair suivant les articles 252 et suivants, C. pr., ou par un jug d'instruction sous forme de procès-verbal, suivant les art cles 71 et suivants, C. inst. crim. (2); ou à l'audience confor mément aux articles 407 et suivants, C. p.; ou par le greffie à l'audience correctionnelle ou de simple police, suivant le articles 189, 155, C. inst. crim.

22. Il est indifférent, dans les divers cas que nous venon d'énumérer, que l'écrit invoqué comme commencement d preuve par écrit soit ou non signé de la partie, et que mêm elle ait refusé d'y apposer sa signature (3). La loi n'en fait point en effet, une condition essentielle de la régularité des actes d cette espèce. Comme ils empruntent toute leur force de l'au torité du magistrat chargé de les recevoir et de les constater il suffit, pour qu'ils soient censés émaner de la partie elle même, qu'il y soit fait mention de son impuissance ou de son refus de signer.

23. L'article 1347 embrasse ainsi, dans la généralité de se dispositions, toutes déclarations et énonciations consignée dans des actes judiciaires ou extrajudiciaires. Il les adme toutes quels qu'aient été leur but, leur objet, leur origine e destination première, pourvu, toutefois, que ces actes soien revêtus de la signature de la partie à laquelle on les oppose

(1) Zachariæ, t. 5, p. 733, n^te^ 19, 1re édit., et t. 8, p. 336, n^te^ 25 — Cass., 17 juill. 1841. Sirey, 41, 1, 779.

(2) Cass., 18 mai 1840. Sirey, 40, 1, 640.

(3) Toullier, t. 9, n° 125. — Zachariæ, *ibid.* — Chauveau, su Carré, *ibid.* — Cass., 15 mars 1843. Sirey, 43, 1, 684. — 22 avri 1854. Sirey, 54, 1, 491.

ou qu'ils aient été reçus et dressés par un officier public compétent, avec toutes les formalités requises pour qu'ils fassent foi.

Notre article est même à ce point général, que le juge est autorisé à y puiser un commencement de preuve écrite, pour la solution du débat dont il est saisi, quand bien même ils auraient eu lieu dans une autre instance, entre d'autres parties (1), et même devant une autre juridiction, par exemple, devant la juridiction criminelle (2).

Mais si le juge ne peut les rejeter sous le seul prétexte de droit qu'ils se rapportent à d'autres parties, à une autre instance ou à une autre juridiction, il peut se fonder sur toutes les considérations de fait, dont l'appréciation lui appartient, pour refuser de les admettre (3).

24. Pour qu'un acte public ou privé puisse être admis comme faisant un commencement de preuve littérale, il faut qu'il ne soit pas lui-même repoussé par une exception qui le frapperait d'extinction ou d'inefficacité. Ainsi, les titres constitutifs d'un droit quelconque contre lesquels on oppose la prescription ne sauraient valoir comme commencement de preuve par écrit, dans aucun cas. Le prétendu créancier ne peut s'en prévaloir pour être admis à prouver des payements ou autres actes de reconnaissance qui, suivant lui, auraient interrompu la prescription.

La production du titre même peut sans doute rendre, jusqu'à un certain point, vraisemblable le payement d'un à-compte, des intérêts ou arrérages. Car il n'est pas à présumer que le créancier ait totalement négligé ses droits. Mais ce n'est là qu'une vraisemblance purement humaine, qui ne repose sur

(1) Zachariæ, t. 5, p. 729, 1re édit., et t. 8, p. 332, 4e édit. — Cass., 27 avril 1840. Sirey, 40, 1, 728. — 1er août 1867. Sirey, 67, 1, 373.

(2) Zachariæ, *ibid.* — Cass., 18 mai 1840. Sirey, 40, 1, 640.

(3) Cass., 18 mai 1840. Sirey, 40, 1, 640.

aucune espèce de fondement légal. Sur quoi, en effet, se fonde-t-elle? Sur l'existence seule du titre constitutif de la créance. Or, d'une part, il n'établit pas nécessairement, par lui-même, l'existence des actes prétendus d'interruption, et, d'autre part, la prescription qui l'atteint le dépouille de toute efficacité, sans que le juge puisse déduire de sa représentation autre chose que l'existence de l'obligation originaire, ni rien en conclure contre la présomption légale de libération résultant de son ancienneté même. A raison du long temps écoulé depuis sa date, et de la prescription qui en est la conséquence, le titre n'a plus aucune valeur pour établir l'existence de l'obligation prétendue. Car, en même temps qu'il en prouve l'existence dans le passé, il en démontre l'extinction dans le présent. Autrement, c'est, de la part du prétendu créancier, commettre la plus flagrante pétition de principe, puisqu'il se prévaut du titre dont la date elle-même établit que la prescription est acquise, pour établir que la prescription n'a pas eu lieu. Afin de se soustraire à cette prescription, il commence donc par supposer que son titre n'est pas prescrit, en le proposant comme n'étant pas, malgré son ancienneté, dénué de toute force probante. On ne saurait faire une plus vicieuse argumentation.

Si les prétentions du créancier pouvaient être accueillies, il en résulterait que les dispositions de la loi relatives au commencement de preuve par écrit, serviraient à réfuter celles relatives à la prescription; et, chose singulière, le titre prescrit serait le premier argument invoqué contre la prescription. Que l'on ne dise point que la prescription ne sera, en définitive, écartée qu'en vertu d'éléments de preuve pris en dehors de l'acte. Nous répondons que ces faits extérieurs, tels que le payement d'un à-compte, des intérêts ou des arrérages, n'auront été admis en preuve que par suite du commencement de preuve par écrit que le titre constitutif aura semblé fournir, et que, par suite, il est toujours vrai de dire que ce titre prescrit aura été lui-même le premier argument invoqué contre sa prescription.

Le créancier qui prétend que son action n'est pas prescrite doit donc établir les causes d'interruption qu'il invoque, au moyen d'éléments postérieurs et étrangers au titre qu'il représente, et que le débiteur repousse par la prescription (1).

25. Dans les divers cas où ils établissent un commencement de preuve par écrit, les actes publics ou privés ne fournissent jamais ce genre de preuve que conformément aux règles générales suivant lesquelles ils font foi.

Les écrits privés ne pourront donc former un commencement de preuve littérale, que lorsque l'écriture ou la signature auront été reconnues, ou que, en cas de dénégation ou de non reconnaissance, elles auront été vérifiées en justice (2).

Mais si cette vérification doit être préalable, les juges chargés d'y procéder peuvent admettre tous moyens de preuve, les témoins et les présomptions. Ils peuvent même faire eux-mêmes cette vérification immédiatement, et à l'aide des éléments que leur fournissent les circonstances de la cause (3).

Quant aux conditions sous lesquelles les actes sous seing-privé acquièrent date certaine à l'égard des tiers, en tant qu'ils sont considérés comme formant un commencement de preuve par écrit, elles sont exactement les mêmes que s'ils étaient appelés à faire une foi complète.

S'agit-il d'un écrit public, foi lui est due même à l'égard des tiers, dans la mesure où il est admis à faire un commencement de preuve par écrit, de la même manière que s'il établissait une preuve entière et parfaite.

(1) TOULLIER, t. 9, n° 97. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 739, 1re édit., et t. 8, p. 341, 4e édit. — MARCADÉ, art. 1347, n° 4. — Riom, 4 mai 1841. SIREY, 41, 2, 334. — Douai, 19 janv. 1842. SIREY. 42, 2, 112. — Cass., 19 nov. 1845. SIREY, 46, 1, 609. — *Contrà*, Caen, 20 mai 1840. SIREY, 40, 2, 300.

(2) MERLIN, Rép., vis *Commencement de preuve*, — BONCENNE, t. 4, p. 188. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 731, 1re édit,. et t. 8, p. 334, 4e édit. — *Contrà*, TOULLIER, t. 9, n° 64, et t. 8, nos 216 et suiv.

(3) Cass., 3 juill. 1850. SIREY, 50, 1, 705.

Les principes suivant lesquels les écrits publics ou privés font foi des dispositions et énonciations qu'ils contiennent, ne reçoivent donc, dans l'application de l'article 1347, aucune espèce de modification. Seulement, au lieu de se référer à une preuve complète, ils ne se rapportent alors qu'à un commencement de preuve. La vérité de cette observation ressort plus clairement encore si on l'applique au cas où, suivant les articles 1335 et 1336, les copies d'actes publics ou leurs transcriptions sont admises comme formant un commencement de preuve par écrit. Dans cette limite restreinte, foi ne laisse pas de leur être due à l'égard des tiers, de même qu'entre les parties qui ont figuré dans les actes.

26. Les mêmes principes s'appliquent aux actes judiciaires, qui sont des écrits publics. Mais ces actes sont soumis à une cause particulière d'inefficacité que nous devons examiner; nous voulons parler de la péremption.

Autrefois on pensait (1) que, nonobstant la péremption acquise, l'instance seule était abolie; que les enquêtes, les rapports d'experts et autres documents probatoires, n'étaient pas atteints; qu'ils subsistaient encore dans toute leur force, et que les parties pouvaient s'en prévaloir. On disait, en un mot, *probata remanent*, les éléments de preuve restent. Mais aujourd'hui, en présence des dispositions générales de l'article 401, C. pr., il est impossible d'admettre cette maxime de notre ancienne jurisprudence. Si, d'après les dispositions de cet article, la péremption n'éteint pas l'action; si elle emporte seulement extinction de la procédure, on ne peut cependant, dans aucun cas, opposer aucun des actes de la procédure éteinte, ni s'en prévaloir. Les probatoires eux-mêmes sont donc frappés de péremption, et aucune des parties ne peut, soit dans l'instance qu'elle aura reprise, soit dans toute autre instance, invoquer

(1) Pothier, *Procédure*, ch. 4, sect. 4, § 5. — Rodier, Ordonn. de 1667, p. 200, n° 19.

même comme formant un simple commencement de preuve par écrit, les aveux, reconnaissances et déclarations intervenus dans l'instance périmée (1). Quant aux tiers étrangers, ils ne sauraient eux-mêmes s'en prévaloir, puisque, par l'effet de la péremption, ils sont réputés non avenus, et que les choses se retrouvent dans l'état où elles seraient si l'instance n'avait pas eu lieu.

Les seuls documents probatoires qui subsistent sont donc ceux qui ont servi de fondement à une décision définitive, rendue dans le cours de l'instance. Les jugements de cette nature ayant pour effet de conférer aux parties des droits irré vocables, la péremption ne peut les atteindre, et ils survivent ainsi à l'extinction de la procédure.

27. Tout commencement de preuve par écrit se constitue d'un double élément : 1° d'un écrit émané de la personne à qui on l'oppose; 2° de la vraisemblance du fait allégué. Le premier élément présente une question de droit; car sa vérification implique nécessairement, de la part du juge, l'examen des caractères légaux de tout commencement de preuve par écrit (2). La loi déterminant elle-même les conditions moyennant le concours desquelles un écrit peut valoir et faire preuve dans cette mesure, le juge ne peut, sans s'exposer à la censure de la Cour de cassation, admettre comme établissant un commencement de preuve écrite, un écrit qui n'en réunirait point en réalité les caractères légaux. Tel est le cas où il aurait admis, comme émanant de la personne à qui on l'oppose, un écrit émané, au contraire, d'un véritable tiers étranger par rapport à elle.

(1) Toullier, t. 8, n° 28. — Carré, n° 1451. — Pigeau, t. 1, p. 452. — Favard, Rép., v° *Péremption*, n° 13. — Merlin, Rép., v° *Péremption*, sect. 1, § 2, n° 6. — Locré, *Esprit du Code de procédure sur l'article* 401.

(2) Cass., 30 déc. 1839. Sirey, 40, 1, 139. — 29 déc. 1863. Sirey, 64, 1, 72. — 17 déc. 1867. Sirey, 68, 1, 117. — 23 avril 1877. Sirey. 77, 1, 456.

En ce qui touche la vraisemblance, le second élément qu'il nous reste à examiner, son appréciation gît tout entière en fait. La question de savoir si l'écrit invoqué rend ou non vraisemblable le fait allégué, est abandonnée, dans tous les cas, à l'appréciation discrétionnaire du juge, qui n'a alors d'autre règle de décision que l'examen consciencieux des circonstances de là cause. A lui seul appartient de résoudre cette question de vraisemblance. Il est investi, à cet égard, d'un pouvoir souverain dont l'exercice échappe au contrôle de la Cour de cassation, soit qu'il rejette ou admette, comme établissant un commencement de preuve littérale, l'écrit invoqué, qui en présente d'ailleurs, en droit, tous les caractères légalement exigés (1).

28. La vraisemblance n'est autre chose que l'apparence de la vérité. Un fait vraisemblable est donc celui qui paraît vrai. Il a ce caractère lorsque les présomptions et indices, résultant de faits dès lors constants et avérés, sont assez graves pour lui donner toutes les apparences de la vérité. Le juge établit lui-même ces présomptions, en tirant des conséquences du fait connu au fait inconnu dont il s'agit d'administrer la preuve. Il appartient surtout à la logique de lui indiquer les règles qui doivent guider son esprit dans ce travail d'appréciation. Quant à la loi, les seules règles qu'elle puisse lui tracer sont celles qui se rapportent au caractère et à la nature des preuves admissibles. Mais, du moment qu'il s'est renfermé dans l'ordre des preuves, présomptions et indices d'après lesquels il est légalement autorisé à se décider, ses décisions, conformes aux

(1) Duranton, t. 13, nº 334. — Zachariæ, t. 5, p. 741, 1re édit., et t. 8, p. 343, 4e édit. — Toullier, t. 9, nº 133. — Cass., 11 avril 1826. Sirey, 26, 1, 336. — 6 août 1839. Sirey, 39, 1, 562. — 27 avril 1840. Sirey, 40, 1, 728. — 18 mai 1840. Sirey, 40, 1, 640. — 10 août 1840. Sirey, 40, 1, 875. — 17 mai 1855. Sirey, 56, 1, 155. — 9 janvier 1861. Sirey, 62, 1, 69. — 5 avril 1864. Sirey, 64, 1, 215. — 1er août 1867. Sirey, 67, 1, 373. — 4 février 1873. Sirey, 73, 1, 81. — 13 avril 1877. Sirey, 77, 1, 456. — 24 juin 1878. Sirey, 80, 1, 205.

prescriptions de la loi, ne relèvent que de sa conscience. Plus son pouvoir est alors étendu et illimité, plus rigoureux aussi est son devoir de ne jamais se prononcer qu'après un examen scrupuleux et attentif des faits et circonstances de chaque cause.

29. Il nous est certainement impossible d'énumérer ici tous les écrits qui peuvent rendre un fait vraisemblable. Nous nous bornerons donc, pour la plus complète explication des dispositions de l'article 1347, à établir quelques distinctions générales.

Il convient d'abord de distinguer entre les écrits invoqués comme formant un commencement de preuve par écrit, ceux qui se rapportent à une disposition ou convention définitivement arrêtée, et ceux qui, étant restés plus ou moins imparfaits, avaient pour objet d'établir une disposition ou convention qui est restée inachevée et à l'état de simple projet. Les écrits de cette dernière espèce doivent toujours être rejetés, quelque soit la vraisemblance dont leurs énonciations seraient de nature à entourer le fait allégué, s'il s'agissait d'une disposition ou convention définitivement arrêtée.

Tels sont, par exemple, les actes notariés que l'une ou l'autre des parties a refusé de signer. Dans l'état d'imperfection où ils sont restés, ils ne valent même pas comme commencement de preuve écrite à l'égard de la partie qui a signé. Le refus de signature, de la part de celui qui entend plus tard s'en prévaloir, est lui-même une preuve que la disposition ou convention projetée n'a jamais reçu sa perfection définitive (1).

Tels sont encore les écrits privés qui, devant être signés par toutes les parties contractantes, n'ont été signés que par quelques-unes, sans qu'il soit possible d'expliquer l'absence des autres signatures autrement que par la rupture de la conven-

(1) Voy. art. 1338, n° 13.—Zachariæ, t. 5, p. 738, 1re édit., et t. 8, p. 341, 4e édit.

tion projetée. Il peut ainsi se présenter, tout d'abord, des difficultés sérieuses quant à l'appréciation du caractère et de la portée de l'écrit. Mais cette question se rattache elle-même aux conditions de la vraisemblance, dont l'examen est abandonné au juge.

Quant aux écrits qui, par leur but et leur objet, se rapportent à des dispositions ou conventions définitivement arrêtées, ils peuvent rendre le fait allégué plus ou moins vraisemblable, suivant que leurs énonciations sont en corrélation plus ou moins directe, plus ou moins nécessaire, avec le fait qu'il s'agit d'établir. S'agit-il d'un écrit dont les constatations établissent complètement le fait allégué, mais auquel un vice de forme ne permet pas de faire preuve entière? La vraisemblance est considérable, et, de bien près, voisine de la vérité. Tels sont les simples billets manquant du *bon pour* ou de l'*approuvé*, et les actes rédigés pour constater une convention synallagmatique, mais qui n'énoncent pas qu'ils ont été faits en double ou triple copie.

S'agit-il d'écrits qui, sans contenir d'une manière précise et complète toutes les énonciations nécessaires pour l'entière constatation du fait allégué, renferment, cependant, des mentions et déclarations de nature à donner à l'allégation de ce fait quelque apparence de vérité? Alors la vraisemblance a des caractères plus ou moins prononcés, suivant les liens de connexité qui rattachent le fait aux énonciations de l'écrit. Ce sont surtout les écrits de cette dernière espèce qu'il est impossible d'énumérer.

Qu'il nous suffise donc de remarquer que la loi exige seulement que l'écrit rende le fait allégué vraisemblable. Or, la vraisemblance a ses degrés. Mais c'est assez qu'elle existe pour que le juge soit autorisé à combler la distance qui la sépare de la démonstration de la vérité, soit à l'aide de la preuve testimoniale, soit au moyen de simples présomptions. Du moment que l'écrit fournit un commencement de preuve, il a le droit de la compléter avec tous autres éléments propres à former sa

conviction. Seulement, il sera forcé d'emprunter davantage à ces éléments de preuve complémentaire, à proportion que la vraisemblance, qui seule autorise leur admission, sera elle-même moins considérable.

Quand nous disons que la vraisemblance a ses degrés, nous ne prétendons pas que le juge puisse légalement et raisonnablement prendre pour une vraisemblance suffisamment caractérisée, un soupçon vague, un doute incertain, une inquiétude indéfinie de la conscience. Il faut une apparence sérieuse de la vérité, équivalente à un commencement de preuve. Nous le lui rappelons, afin qu'il prenne soin de se garantir des dangereux entraînements d'une prétendue équité.

30. Citons maintenant quelques exemples.

Un écrit énonçant une promesse ou offre de vendre pour un certain prix, pourra rendre vraisemblable la vente alléguée (1), et même, suivant les circonstances, le payement du prix comptant (2), s'il concourt avec la mise en possession postérieure de celui qui se prétend acquéreur, s'il ne s'agit d'un objet d'une valeur considérable, et surtout si la promesse ou offre de vendre ne porte point qu'il sera passé acte devant notaire.

Réciproquement, il en sera de même au cas où l'écrit énoncera une promesse ou offre d'acheter. Il pourra rendre vraisemblable l'achat allégué par le prétendu vendeur.

Peu importe même que l'offre ou promesse d'acheter ou de vendre n'énonce pas un prix certain. Il suffit que le fait de la convention soit vraisemblable, sauf à en déterminer les diverses conditions par la preuve testimoniale.

La promesse de payer une certaine somme pour choses à livrer ou à faire, établit encore un commencement de preuve

(1) Danty, sur Boiceau, ch. 11, n° 10. — Pothier, *Oblig.*, n° 767. — Toullier, t. 9, n°s 91, 95 et 96. — Bordeaux, 7 mai 1834. Sirey, 35, 2, 177.

(2) Toullier, t. 9, n°s 93 et 94. — *Contrà*, Duranton, t. 13, n° 345.

de la créance alléguée, et autorise le prétendu créancier à prouver par témoins le fait de la livraison (1).

La simple invitation par lettre missive de compter une somme d'argent à un tiers, rend elle-même la numération de la somme vraisemblable, en faveur de celui à qui elle est adressée, et même en faveur d'une personne différente, à qui la lettre aurait été remise, sur le refus du premier de compter les fonds (2).

Mais si le tiers indiqué pour recevoir l'argent devait lui-même, à un titre quelconque, comme créancier ou emprunteur, faire raison plus tard de la somme qui a dû lui être comptée, envers celui qui a écrit la lettre, faute par la personne à qui la lettre a été adressée d'avoir retiré un reçu de la somme, la preuve testimoniale ne serait pas admissible de sa part. Car il faut, dans ce cas, établir d'abord la numération de la somme vis-à-vis de celui qui devait la recevoir; et faute par le demandeur d'en justifier, il n'a aucune action contre son correspondant (3).

Par exemple encore, la lettre d'un père recommandant son fils aux soins d'une personne, peut établir un commencement de preuve des avances qu'elle aura pu faire pour les besoins de la personne recommandée (4).

La lettre par laquelle je vous prie, en alléguant une nécessité urgente, de me compter de l'argent, peut elle-même fournir contre moi, suivant les circonstances, un commencement de preuve de la numération de la somme.

Tout écrit qui énonce l'existence d'une dette, mais sans en

(1) Danty, sur Boiceau, *ibid.* — Pothier, *ibid.* — Duranton, t. 13, nº 346. — Zachariæ, t. 5, p. 739, 1re édit., et t. 8, p. 342, 4e édit. — Toullier, t. 9, nº 107.

(2) Danty, sur Boiceau, *ibid.* — Pothier, *Oblig.*, nº 768. — Zachariæ, *ibid.* — Toullier, t. 9, nºs 110 et suiv. — Duranton, t. 13, nº 317.

(3) Pothier, *ibid.*

(4) Toullier, t. 9, nº 111.

déterminer la quotité ou la cause, forme un commencement de preuve qui autorise l'admission de la preuve par témoins, pour établir la quotité de la somme (1) ou la cause de l'obligation (2).

Tels sont encore les écrits qui, invoqués comme quittances, énoncent des payements effectués, mais en laissent la quotité incertaine.

De même, la simple clause insérée dans un acte de vente par laquelle l'acquéreur s'oblige à laisser un locataire jouir le temps qu'il aurait le droit de le prétendre, fournit un commencement de preuve que l'acquéreur a eu connaissance du bail et de sa durée (3).

Mais l'écrit par lequel un huissier, par exemple, reconnaît avoir reçu quelques titres de son client, peut ne pas valoir comme commencement de preuve pour établir qu'il a reçu toutes les pièces qui lui sont réclamées (4). On comprend, du reste, que cette question dépend des circonstances.

31. Il n'est même pas exigé que l'existence de l'obligation soit formellement et précisément exprimée. Il suffit que les énonciations de l'écrit y fassent allusion d'une manière plus ou moins directe.

Je vous réclame un dépôt ; je n'ai d'autre écrit de vous qu'une lettre, où vous me dites : Je vous satisferai sur ce que vous savez. Elle rend vraisemblable le fait du dépôt (5), eût-elle même été adressée à un tiers (6), sauf, toutefois, l'appréciation des circonstances et surtout des explications fournies par le défendeur (7).

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 770. — Toullier, t. 9, nos 113 et suiv. — Zachariæ, *ibid.*

(2) Duranton, t. 13, n° 354. — Zachariæ, *ibid.* — Voy. encore art. 1132, nos 4 et 5.

(3) Cass., 15 nov. 1836. Dalloz, 37, 1, 197.

(4) Cass., 6 nov. 1838. Sirey, 38, 1, 892.

(5) Danty, sur Boiceau, *ibid.* — Pothier, *Oblig.*, n° 770. — Boncenne, t. 4, p. 169.

(6) Toullier, t. 9, n° 108.

(7) Duranton, t. 13, n° 349.

A plus forte raison, l'écrit forme-t-il un commencement de preuve littérale, lorsque ses énonciations, sans comprendre d'une manière formelle et positive le fait allégué, portent seulement sur des faits différents qui ont avec lui des liens de connexité plus ou moins étroits, ou sur des circonstances accessoires et secondaires qui, par leur corrélation avec le fait principal, en établissent la vraisemblance (1).

Ainsi, la mainlevée d'une inscription donnée par le créancier à l'acquéreur de l'immeuble hypothéqué, peut rendre vraisemblable le payement de la dette allégué par le débiteur (2).

Par application du même principe, nous avons vu que les quittances données sans réserves des intérêts ou arrérages postérieurs, font présumer le payement de ceux antérieurs (3), et que les affaires continuées, les comptes arrêtés postérieurement sans réserves, font présumer, entre les parties, leur libération réciproque, par remise ou payement, pour toutes causes antérieures (4).

Les écrits de la nature de ceux que nous examinons ici consistent ordinairement dans les aveux et déclarations faits en justice, soit que la partie de qui ils émanent ait été interrogée sur faits et articles, soit qu'elle les ait fournis à l'audience sur comparution personnelle, ou au bureau de paix et de conciliation, spontanément ou sur la provocation de son adversaire.

32. Il peut y avoir encore un commencement de preuve par écrit rendant vraisemblable le fait allégué, lorsque la partie interrogée sur faits et articles, ou comparant personnellement à l'audience, répond aux interpellations qui lui sont adressées par des déclarations et explications embarrassées, contradictoires, évasives, artificieuses, pleines d'une obscurité affectée,

(1) Toullier, t, 9, n° 116. — Zachariæ, t. 5, p. 740, 1re édit., et t. 8, p. 342, 4e édit.
(2) Cass., 17 juill. 1820. Sirey, 21, 1, 136.
(3) Art. 1283, n° 11.
(4) Art. 1283, n° 10.

ontredites par des faits avérés et constants qui témoignent le sa mauvaise foi (1).

Lorsqu'une partie assignée en interrogatoire sur faits et rticles ne comparaît pas ou refuse de répondre après avoir omparu, les faits peuvent être tenus pour avérés (330, C. pr.). plus forte raison, le juge pourra-t-il considérer le refus de épondre et de s'expliquer comme constituant un commence- ient de preuve par écrit, soit qu'il s'agisse d'un interrogatoire n forme sur faits et articles, ou d'une simple comparution ersonnelle à l'audience. C'est un point constant dans la pra- ique (2).

Mais, pour que le refus de répondre fasse légalement un ommencement de preuve par écrit, il faut d'abord que les iterpellations aient été adressées à la partie par un juge ayant ouvoir à cet effet. Ainsi, le refus de répondre au bureau de onciliation aux questions faites par le juge de paix ou par adversaire, ne forme point un commencement de preuve de ette nature. Le juge l'aurait vainement constaté dans son rocès-verbal. Il n'a pas, en effet, le pouvoir d'adresser aux arties des interpellations relatives au fond même du débat; t, quelle que soit sa mission de concilier, il doit se borner, i elles ne s'accordent pas, à rédiger sommairement procès- erbal de non conciliation (54, C. pr.). La partie interpellée ouvant se dispenser de répondre, son silence ou son refus de 'expliquer ne peut être considéré que comme un refus de se oncilier. Or, un pareil refus de conciliation, qui contient éserves de tous droits et demande de renvoi devant le juge ompétent, ne saurait en aucune façon rendre vraisemblables es allégations de l'autre partie (3).

(1) DOMAT, *Lois civiles,* liv. 3, tit. 6, sect. 5. — ZACHARIÆ, *ibid.* – TOULLIER, t. 9, n°s 116, 118.

(2) TOULLIER, t. 9, n°s 117-121. — ZACHARIÆ, *ibid.* — Cass., ^er^ déc. 1880. SIREY, 81, 1, 357.

(3) ZACHARIÆ, *ibid.* — *Contrà,* TOULLIER, t. 9, n° 121.

Il faut ensuite que ce refus de répondre soit régulièrement constaté, soit par procès-verbal, soit même simplement dans les qualités ou les motifs du jugement, s'il est produit à l'audience.

Nous ne pousserons pas plus loin nos citations d'exemples, ni l'énumération d'actes, divers par leur caractère, par leur nature, plus divers encore par le degré de leur force probante. Toute question de vraisemblance étant une question de fait et d'appréciation, le juge devient juré ; la loi ne lui demande aucun compte des éléments de sa conviction, et alors même qu'en fait il juge mal, en droit il ne la viole pas.

33. L'exception consacrée par l'article 1347 a toute la portée d'une règle générale. Elle s'applique à toute espèce d'actes, sauf quelques exceptions particulières que nous devons maintenant examiner. La vente, l'échange, le louage de choses autres que les maisons et les biens ruraux, la société, le prêt, le commodat, le dépôt, le contrat de rente, le cautionnement, le mandat, rentrent pleinement dans les dispositions communes, sous le double rapport de la nécessité d'une preuve écrite, lorsqu'ils présentent un intérêt juridique excédant la valeur de cent cinquante francs, et de l'admissibilité de la preuve testimoniale, lorsqu'ils présentent un intérêt d'une valeur moindre, ou qu'il existe un commencement de preuve par écrit.

Nous avons dit qu'il existe quelques exceptions exclusives de la preuve testimoniale. Elles appartiennent à deux catégories différentes. Dans l'une, l'écriture est de l'essence même de la convention ou disposition, lesquelles ne peuvent exister qu'à la condition qu'il en est dressé un acte instrumentaire parfaitement régulier. Tels sont le testament, le contrat de mariage, la donation entre vifs, la convention d'hypothèque. Il est même à remarquer que, sauf le cas de testament olographe, la loi exige toujours pour la rédaction de l'acte l'intervention d'un officier public. L'écriture est alors tellement

essentielle à la validité du fait juridique, qu'elle ne peut être suppléée par aucun autre moyen de preuve, même par l'aveu et la reconnaissance de la partie contre laquelle on en allègue l'existence.

Les exceptions de la seconde catégorie n'ont pas un caractère aussi exclusif. Si la preuve testimoniale y est toujours et indistinctement rejetée, quelle que soit la valeur de l'intérêt juridique du fait, et alors même qu'il existe un commencement de preuve par écrit, ce n'est pas que l'écriture soit exigée comme étant une condition substantielle de la validité de la convention ou disposition, mais seulement comme étant le moyen de preuve qui, en offrant le plus de certitude et de garanties, empêche la multiplicité des contestations. Le défaut d'acte instrumentaire peut alors être suppléé, au moins entre les parties contractantes, par leurs aveux et reconnaissances judiciaires ou extrajudiciaires, pourvu qu'ils soient eux-mêmes constatés par écrit.

On peut faire sur les exceptions de cette nature cette observation remarquable : Dans les divers cas où la loi exige une preuve écrite, quand bien même la chose n'excède pas la valeur de cent cinquante francs, elle exclut en même temps la preuve testimoniale, quoiqu'il y ait un commencement de preuve par écrit. Il y a ainsi une double dérogation aux dispositions ordinaires, soit à celles de l'article 1341, soit à celles de l'article 1347. Cette double dérogation est même constamment inséparable, ainsi que nous le verrons dans le cours de nos développements.

L'observation générale que nous plaçons ici répond d'avance au système de certains auteurs qui, dans quelques cas particuliers où la loi exige une preuve écrite, pensent, néanmoins, que si la preuve testimoniale est exclue, alors même que la chose n'excède pas cent cinquante francs, cependant elle devient recevable, suivant le droit commun, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. La vérité est, au contraire, que la loi ayant tant fait que de déroger au droit commun

touchant l'admission de la preuve testimoniale, y apporte une dérogation complète et absolue. Alors, en effet, qu'elle a cru devoir rejeter la preuve par témoins, encore qu'il s'agisse d'une chose ou valeur ne dépassant pas cent cinquante francs, ce ne peut être que parce que ce genre de preuve lui a semblé présenter de très graves inconvénients. Il est donc dans l'esprit de ces dispositions exceptionnelles d'exclure également la preuve testimoniale, même au cas où il existe un commencement de preuve par écrit, quelque vraisemblable qu'il rende le fait allégué. L'écrit exigé est, en un mot, exclusif de tout autre mode de preuve, et doit, conséquemment, faire par lui-même une preuve complète.

Nous ne nous dissimulons pas la rigueur de cette théorie; mais nous croyons qu'elle est la seule légale et la seule aussi qui puisse coordonner avec unité les diverses dispositions de la loi. Le système contraire, d'après lequel la preuve testimoniale ne laisserait pas d'être admissible à l'aide d'un commencement de preuve par écrit, quelque séduisant qu'il paraisse d'abord à l'équité, ne saurait cependant être suivi, parce que, étant évidemment inapplicable dans certains cas, il n'y aurait ni harmonie ni unité dans les règles du Code, et qu'on se trouverait à chaque pas arrêté par des distinctions arbitraires et des exceptions nouvelles.

34. Le louage est un des contrats dont la preuve est soumise à des règles exceptionnelles. L'interprétation des articles 1715 et 1716 a donné lieu aux controverses les plus vives, et soulevé les plus sérieuses difficultés.

Avant d'en aborder l'examen, nous devons remarquer que ces articles, placés sous la section première, des règles communes aux baux des maisons et des biens ruraux, ne s'appliquent point aux contrats de louage d'une autre nature, tels que les louages de meubles (1), d'ouvrage et d'industrie, des

(1) TROPLONG, *Louage*, n° 110. — DURANTON, t. 17, n°s 51 et suiv.

domestiques et ouvriers, des voituriers par terre et par eau, aux devis et marchés, ni aux différents baux à cheptel. On rentre, quant à la preuve de ces divers contrats, dans les règles ordinaires. La preuve testimoniale est admissible, si l'intérêt juridique du fait n'excède pas cent cinquante francs, et, dans tous les cas, s'il existe un commencement de preuve par écrit.

Il peut seulement s'élever quelque difficulté quant à l'évaluation de cet intérêt juridique. La loi ne trace aucune règle à cet égard. Les juges n'auront donc qu'à l'apprécier, suivant les diverses circonstances, comme étant eux-mêmes experts de droit. Mais il faut surtout ne pas perdre de vue qu'ils ne doivent pas prendre uniquement pour base de leur évaluation, soit la valeur des choses louées, des meubles, par exemple, soit la somme de toutes les annuités cumulées, et correspondantes à la durée prétendue du louage. L'intérêt de la convention se compose, en effet, par rapport à chaque partie respectivement, soit de l'intérêt qu'a le bailleur à ne pas être privé de la jouissance de sa chose, soit de l'intérêt qu'a le preneur à en jouir à ce titre. Or, comme les annuités du bail n'y correspondent pas toujours exactement, son appréciation demeure nécessairement subordonnée aux circonstances.

35. Venons maintenant au louage des maisons et biens ruraux. Quand on veut leur appliquer les dispositions de l'article 1341, une première difficulté se présente. Comment en apprécier la valeur juridique? Prendra-t-on pour élément d'évaluation la valeur même des immeubles loués? Ce n'est pas raisonnable. La valeur du bail devra-t-elle, ainsi qu'on l'a pensé (1), se déterminer d'après la somme qui forme le prix du bail pour toute la durée qu'on prétend lui assigner? Mais il faudra commencer par établir et le prix et la durée du bail, s'ils sont contestés. Car on ne saurait, pour juger de l'intérêt

(1) ZACHARIÆ, t. 3, p. 5, nte 9, 1re édit., et t. 4, p. 467, nte 13, 4e édit. — TROPLONG, *Louage*, n° 116. — Paris, 6 avril 1825. SIREY, 26, 2, 278.

de la convention, s'en rapporter aux allégations du demandeur. Cette base sera d'ailleurs inexacte dans la plupart des cas; car elle ne représentera pas toujours le véritable intérêt du bailleur ni du preneur à conserver ou à prendre la jouissance de la chose. La nature immobilière des choses louées rend elle-même plus difficile cette appréciation. Par la force même des choses, l'intérêt juridique d'un bail de maison ou de biens ruraux présente donc une valeur essentiellement indéterminée; et l'on comprend très bien que, en présence des difficultés, de l'impossibilité même d'en faire une évaluation exacte, le législateur n'ait pas appliqué au contrat de louage les dispositions de l'article 1341, en tant qu'elles autorisent l'admission de la preuve testimoniale pour choses n'excédant pas la somme ou valeur de cent cinquante francs.

Mais cette exclusion de la preuve par témoins se fonde, en matière de louage, sur une autre considération. Le législateur a exprimé lui-même sa pensée à cet égard (1). Il a voulu, en rejetant la preuve testimoniale et en exigeant une preuve écrite, éviter des contestations multipliées, des procès ruineux, sur des objets le plus souvent d'un faible intérêt, et dans une matière où tout a un caractère incontestable d'urgence. La proscription de la preuve par témoins ne peut certainement avoir, en aucun cas, pour résultat de tarir la source des procès, ainsi que le législateur s'en est flatté dans son illusion. La pratique en fournit la preuve malheureusement irrécusable. Mais l'on comprend, cependant, que les procès seront d'autant moins nombreux et en même temps d'une solution d'autant plus facile que, si une preuve écrite n'est pas rapportée, la partie poursuivante n'aura aucun moyen légal de justification, et en sera réduite à la ressource désespérée du serment litis-décisoire.

Tel est l'esprit, telles sont les dispositions du Code civil. « Si le bail fait sans écrit n'a encore reçu aucune exécution,

(1) Voy. Fenet, t. 14, p. 312, 322, 351.

et que l'une des parties le nie, la preuve ne peut être reçue par témoins, quelque modique qu'en soit le prix, et quoiqu'on allègue qu'il y a eu des arrhes données. Le serment peut seulement être déféré à celui qui nie le bail (1715). » En présence d'une disposition aussi claire, aucune difficulté ne peut s'élever sur ce premier point. La preuve testimoniale est inadmissible, dans tous les cas, de la part du bailleur et du preneur (1).

Mais supposons que l'exécution du bail verbal ait commencé. Ici la controverse commence, et nous devons faire plusieurs distinctions.

L'exécution du bail, comme bail, est reconnue. Il n'y a pas de contestation sur l'existence même du contrat. Mais il y a débat sur les clauses et conditions accessoires. L'article 1716 prévoit le cas où il y a contestation sur le prix : « Lorsqu'il n'existera point de quittance, dit-il, le propriétaire en sera cru sur son serment, si mieux n'aime le locataire demander l'estimation par expert, auquel cas les frais de l'expertise restent à sa charge, si l'estimation excède le prix qu'il a déclaré. » Voilà encore un point formellement décidé par la loi.

36. Mais s'il y a contestation sur la durée du bail seulement, et que son exécution ne soit pas même contestée, dans ce cas encore, la preuve testimoniale est inadmissible, quelque modique que soit l'intérêt du bail, quand même il ne dépasserait pas la somme de cent cinquante francs (2).

La circonstance que l'exécution du bail a commencé et qu'elle est reconnue, établit bien l'existence du contrat. Mais

(1) TROPLONG, *Louage*, n° 108. — ZACHARIÆ, t. 3, p. 5, 1re édit., et t. 4, p. 468, 4e édit. — DUVERGIER, *Louage*, t. 1, n° 252.

(2) TOULLIER, t. 9, n° 32. — DUVERGIER, n° 258. — TROPLONG, nos 118 et 120. — ZACHARIÆ, t. 4, p. 367, 4e édit. — Colmar, 15 mars 1843. SIREY, 43, 2, 373. — Metz, 10 avril 1856. SIREY, 57, 2, 145. — Bordeaux, 23 janv. 1878. SIREY, 78, 2, 137. — *Contrà*, DURANTON, t. 17, n° 55. — ZACHARIÆ, t. 3, p. 5, 1re édit. — Nancy, 3 août 1871. SIREY, 71, 2, 245.

il n'en résulte pas que le demandeur puisse en établir par témoins la durée et les conditions accessoires, même au cas où il présente un intérêt qui n'excède pas cent cinquante francs. Cela est si vrai, que l'article 1716 exclut formellement la preuve testimoniale quant à la fixation du prix. S'il ne parle point de la durée du bail, ce n'est pas qu'il en admette implicitement la preuve par témoins; c'est que ce point secondaire se trouve réglé lui-même, dans le silence des contractants, de la même manière que pour les baux faits verbalement et sans fixation de durée. Voilà pourquoi il ne s'en occupe pas; mais il n'admet pas, pour cela, la preuve testimoniale contre les dispositions de la loi.

Il y a, du reste, cette différence considérable entre la fixation du prix et la détermination de la durée du bail, que, pour le prix, le propriétaire en est cru sur son serment, tandis que, pour la durée, si le serment seul doit être déféré, il l'est indifféremment au bailleur ou au preneur, par celui d'entre eux qui prétend que la durée du bail a été fixée autrement que la loi elle-même prend soin de la fixer, quand les parties se taisent. La loi forme, dans ce cas, leur contrat commun, et, en l'absence de conventions écrites, c'est à celui qui allègue une dérogation à l'établir par les seuls moyens de preuve qui soient alors légalement admissibles, par exemple, en déférant le serment à son adversaire qui nie.

Quant aux conditions et clauses accessoires du bail autres que celles relatives à son prix et à sa durée, il convient encore de distinguer.

Y a-t-il débat sur la consistance du domaine affermé, sur les dépendances de la maison louée, sur l'état des lieux, l'importance du cheptel, l'étendue de l'ensemencement et autres questions de cette nature? La preuve par témoins est admissible, parce qu'il s'agit d'une simple vérification de faits au sujet desquels la preuve testimoniale est toujours recevable. Elle n'a pas alors pour objet d'établir un contrat, mais seulement certains points de fait qui se rattachent à son exécution.

S'agit-il de clauses et conventions particulières qui ont pour but de modifier les droits et obligations contractuels du bailleur ou du preneur; par exemple, d'une clause par laquelle il est allégué que l'un ou l'autre s'est obligé à faire sur les lieux loués telle impense ou réparation? La preuve testimoniale n'en est pas admissible, parce qu'elle tend à établir le contrat même de louage, ou, quoi que ce soit, l'une des ses conditions conventionnelles. Mais comme la contestation ne porte point sur le prix, le propriétaire ne devra pas en être seul toujours cru sur son serment; c'est-à-dire que le demandeur, quel qu'il soit, ne pouvant invoquer la preuve testimoniale, n'aura, pour établir ses allégations, d'autre ressource que l'aveu de son adversaire ou le serment (1), l'intérêt du bail fût-il inférieur à cent cinquante francs.

S'agit-il enfin de clauses accessoires relatives à des prestations dont le service vient en augmentation du prix du bail? Alors on rentre dans les dispositions de l'article 1716, comme s'il s'agissait d'un prix tout en argent. Le propriétaire en sera cru sur son serment, si mieux n'aime le preneur demander une expertise.

Mais si le débat, au lieu de porter sur le prix et les éléments accessoires qui s'y ajoutent en augmentation, avait seulement pour objet le mode et les termes de son payement, l'article 1716 serait inapplicable. Son texte indique assez clairement qu'il ne s'applique que lorsqu'il y a contestation sur le prix, et non lorsque le débat concerne seulement les conditions accessoires, les échéances du payement de ce prix. Dans le silence de la convention, on doit suivre l'usage des lieux, sauf à celui qui prétend qu'il y a été dérogé, à établir cette dérogation par l'aveu de son adversaire ou au moyen du serment, sans que, en aucun cas, la preuve testimoniale puisse en être reçue (2).

(1) TROPLONG, *Louage*, n° 118.
(2) TROPLONG, *Louage*, n° 118. — Grenoble, 4 août 1832. SIREY, 33, 2, 74.

37. Mais voici une plus sérieuse difficulté : Comme l'article 1715 dispose que si le bail fait sans écrit n'a encore reçu aucune exécution, et que l'une des parties le nie, la preuve ne peut être reçue par témoins, quelque modique qu'en soit le prix, on a été tenté d'en conclure que la preuve testimoniale est, au contraire, admissible, lorsque le bail a reçu un commencement d'exécution ; qu'en conséquence, on peut prouver par témoins les faits prétendus d'exécution, et arriver par là à l'établissement du contrat de bail et de ses diverses conditions.

Ce n'est pas ainsi que l'article 1715 doit être entendu. Il est incontestable qu'il déroge aux dispositions de l'article 1341, puisqu'il exclut la preuve testimoniale du bail, quelque modique qu'en soit le prix. Il apporte à l'admission de ce genre de preuve des restrictions plus sévères que le droit commun, et s'il suppose un bail qui n'a reçu aucun commencement d'exécution, il entend par là une exécution avouée, reconnue, à titre de bail. Cette interprétation ressort surtout du rapprochement de l'article 1716 qui, en indiquant le moyen de fixer le prix du bail dont l'exécution a commencé, suppose, par cela même, que l'existence du bail est constante et avérée entre les parties.

Mais lorsque le bail est dénié, que les faits prétendus d'exécution sont eux-mêmes contredits, ou que leur caractère à titre de louage est contesté, le demandeur, quel qu'il soit, ne peut en offrir la preuve par témoins, dans le but de prouver l'existence du bail et de ses conditions, au moyen des faits d'exécution qualifiée qu'il allègue. Autrement, la loi fournirait elle-même le moyen facile d'éluder, par un subterfuge, ses prohibitions. Elle admettrait indirectement, et par une voie détournée, la preuve testimoniale d'un bail verbal, preuve que, cependant, elle interdit de la manière la plus formelle. L'article 1715 doit donc être entendu en ce sens, que la preuve testimoniale du bail verbal, qui est dénié, est inadmissible dans tous les cas, quand même on soutiendrait que le bail a

reçu un commencement d'exécution, et qu'on offrirait de le prouver (1).

Nous disons, quelque modique qu'en soit le prix, l'intérêt juridique du bail fût-il même inférieur à cent cinquante francs. Nous avons vu, en effet, que la difficulté de déterminer la valeur d'un louage n'était pas étrangère aux dispositions prohibitives de l'article 1715. Or, cet article ne distingue pas si l'intérêt du bail est inférieur ou supérieur à cent cinquante francs. La preuve par témoins est indistinctement prohibée. On objecte que cet article suppose que le bail n'a reçu aucun commencement d'exécution; que, conséquemment, si le bail a reçu un commencement d'exécution, la prohibition, qui est une exception, cesse, et que l'on doit, dès lors, faire retour aux règles du droit commun. Nous l'avons dit tout à l'heure, et les auteurs eux-mêmes dont nous combattons l'opinion le reconnaissent également : l'article 1715 suppose un commencement d'exécution avouée, reconnue, non contestée, à titre de bail. Or, telle n'est pas notre hypothèse, où la qualité et le titre des faits d'exécution prétendue sont contestés. Il faut donc, dans l'opinion contraire, établir une distinction que le texte de l'article 1715 ne comporte pas, et dire que lorsqu'il s'agit d'un bail dont l'intérêt excède cent cinquante francs, il suppose une exécution dont le titre conventionnel n'est pas dénié; mais que lorsqu'il s'agit d'un bail dont l'intérêt n'excède pas cette somme, il suffit que des faits d'exécution soient allégués pour que le demandeur soit admis à les établir par témoins, et à prouver ensuite, à la faveur de cette première preuve, l'existence même du contrat de louage. Cette interprétation, qui ne repose que sur

(1) TROPLONG, *Louage*, n° 113. — TOULLIER, t. 9, n° 33. — DUVERGIER, *Louage*, n°s 263 et suiv. — Bordeaux, 29 nov. 1826 et 19 janv. 1827. SIREY, 28, 2, 4. — Limoges, 3 juill. 1836. SIREY, 36, 2, 427. — Nîmes, 1er août 1836. SIREY, 38, 2, 125. — Cass., 14 janvier 1840. SIREY, 40, 1, 5. — Bourges, 14 mai 1842. SIREY, 43, 2, 31. — Cass., 12 janvier 1864. SIREY, 1864, 1, 88. — 25 août 1884. SIREY, 84, 1, 424. — *Contrà*, DURANTON, t. 17, n° 55.

une distinction arbitraire, nous paraît tout aussi contraire au texte qu'à l'esprit de la loi. La dérogation que l'article 1715 consacre aux règles ordinaires du droit commun, est absolue et indépendante, dans son application, de la valeur du bail allégué (1).

Mais rien ne s'oppose à ce que le propriétaire, renonçant à toute allégation de bail, soit admis à prouver par témoins que son adversaire a occupé et possédé sa chose, en a joui et perçu les fruits, non pas à titre de preneur ou de locataire, mais comme usurpateur, sans droit ni qualité. Il ne s'agit plus, en effet, que de prouver un fait, et non une convention. Le demandeur, au lieu de conclure à l'exécution d'un contrat de louage, conclut seulement à une restitution de fruits, à une indemnité de jouissances et à des dommages et intérêts. La pratique offre de nombreux exemples de cette procédure (2).

Le propriétaire peut même, après avoir conclu au principal à l'éxécution d'un contrat de louage, demander subsidiairement à être autorisé à prouver par témoins les faits d'usurpation et de jouissance qu'il allègue. Ces conclusions subsidiaires n'en sont pas moins susceptibles d'une appréciation séparée et indépendante (3).

38. S'il existe un commencement de preuve par écrit, la preuve testimoniale du bail qui n'a reçu aucun commencement d'exécution sera-t-elle admissible pour en établir l'existence, la durée et les diverses conditions? Nous ne le pensons pas.

L'article 1715 exclut, en effet, d'une manière absolue, la preuve par témoins, en disant que le serment peut seulement être déféré à celui qui nie le bail. Ses dispositions font excep-

(1) *Contrà,* Troplong, *Louage,* n° 115. — Duvergier, *Louage,* n° 259. — Zachariæ, t. 3, p. 5, 1re édit., et t. 4, p. 468, 4e édit.

(2) Danty, sur Boiceau, ch. 14, n° 2. — Toullier, t. 9, n° 2. — Troplong, *Louage,* n° 114.

(3) Nîmes, 1er août 1836. Sirey, 38, 2, 125. — Cass., 19 fév. 1840. Sirey, 40, 1, 534.

tion au droit commun, et ne permettent en aucun cas d'y revenir. De même qu'il proscrit la preuve testimoniale, même lorsque le bail présente un intérêt qui ne dépasse pas cent cinquante francs, de même il l'exclut pour le cas où, s'agissant de plus forte somme, il y a un commencement de preuve par écrit. Il contient ainsi une dérogation complète à l'article 1341 et à l'article 1347. On ne comprend pas qu'il soit possible de distinguer et de ne voir dans l'article 1715 de dérogation qu'à l'article 1341. Quoique appuyée sur un commencement de preuve écrite, la preuve par témoins présente encore de graves inconvénients dans une matière telle que le contrat de louage, où le législateur a cru devoir la proscrire, bien moins à cause de son incertitude, qu'à cause de la multiplicité des procès et des involutions de procédure qui en seraient la suite (1).

Nous la repoussons même avec les restrictions que les auteurs qui embrassent une opinion contraire apportent à son admission. Ils pensent, en effet (2), que si le commencement de preuve par écrît, en rendant le bail vraisemblable, ne rendait pas également vraisemblables sa durée et la quotité du prix, la preuve par témoins ne serait pas admissible sur ces points secondaires. Le prix devrait, suivant eux, être déterminé conformément à l'article 1716, et la durée fixée de la même manière que lorsque le bail a été fait sans fixation de durée. Ce tempérament, qui n'est qu'un amalgame du droit

(1) DURANTON, t. 17, nº 54. — TROPLONG, *Louage*, nº 112. — Caen, 23 mars 1840. SIREY, 40, 2, 263. — Rouen, 18 fév. et 19 mars 1841. SIREY, 41, 2, 468. — Metz, 10 avril 1856. SIREY, 57, 2, 145. — Paris, 6 mai 1862. SIREY, 62, 2, 273. — Cass., 19 fév. 1873. SIREY, 73, 1, 99. — Pau, 5 août 1873. SIREY, 74, 2, 120. — Cass., 26 nov. 1873. SIREY, 74, 1, 430. — *Contrà*, DUVERGIER, *Louage*, nº 267. — ZACHARIÆ, t. 3, p. 6, 1re édit., t. 4, p. 468, et t. 8, p. 323, nte 5, 4e édit. — Cass., 1er août 1867. SIREY, 67, 1, 373. Dans ces motifs seulement; car il se borne à décider que la preuve testimoniale est admissible, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, pour établir l'existence du mandat en vertu duquel le bail aurait été consenti Il s'agit, alors non de l'article 1715, mais de l'article 1985.

(2) ZACHARIÆ, DUVERGIER, *ibid.*

commun et du droit exceptionnel en matière de bail, est une preuve de plus que l'article 1347 est inapplicable, puisque, pour en maintenir l'application, on est forcé d'y faire néanmoins, en principe, une dérogation aussi considérable.

39. Nous avons dit que l'écriture n'était pas de l'essence du contrat de louage, quoique la preuve testimoniale soit inadmissible. Il peut donc être établi par l'aveu et les reconnaissances de celui contre lequel on en allègue l'existence. A ce sujet, on s'est démandé si le défendeur qui le dénie peut être interrogé sur faits et articles.

Il ne le peut pas. L'article 1715 est conçu en termes limitatifs; le serment peut seulement être déféré à celui qui nie le bail. On irait contre son texte et son but, qui est de diminuer le nombre des procès et d'en abréger la durée, si l'on pouvait faire interroger le défendeur sur faits et articles. Si nous admettons les aveux et reconnaissances, en dehors de tout serment, c'est qu'ils sont spontanés. Mais si le défendeur comparant à l'audience n'avoue pas le bail ou en conteste la durée et les diverses conditions, le demandeur n'a que la ressource du serment. L'interrogatoire sur faits et articles entraîne une longue procédure que le législateur a voulu éviter dans une matière où tout est urgent; et, s'il peut aboutir à un aveu, ce qui est rare, il n'est en général propre qu'à produire un commencement de preuve par écrit. Or, comme ce commencement de preuve est ici inadmissible, toute procédure qui n'a d'autre résultat que de le procurer doit être écartée comme frustratoire.

Quant à l'article 324, C. pr., d'après lequel les parties peuvent, en toutes matières et en tout état de cause, se faire interroger sur faits et articles, il reçoit nécessairement exception en matière de louage des dispositions particulières du Code civil (1).

(1) TROPLONG, *Louage*, n° 111. — Rennes, 6 août 1812, cité par Carré. — *Contrà*, DURANTON, t. 17, n° 54. — DUVERGIER, *Louage*,

S'il en était autrement, il faudrait aller jusqu'à tenir pour avérés les faits allégués, en cas de non comparution de l'assigné ou de son refus de répondre, conformément à l'article 330, C. pr. C'est précisément ce qui a décidé la Cour de cassation par l'arrêt que nous citons; mais alors on est bien loin de l'aveu spontané et volontaire qui seul est admis pour suppléer le serment.

Cependant, si un interrogatoire avait été ordonné et subi, le juge saisi de la contestation aurait à en apprécier les résultats, à l'effet d'y chercher, non pas un commencement de preuve écrite et de simples inductions, mais une reconnaissance formelle et un aveu complet (1).

Quoi qu'il en soit, si le bailleur ou le preneur offrait de prouver l'existence d'un bail écrit, mais dont l'acte instrumentaire ne peut être représenté, parce qu'il a été perdu, il n'y a pas de doute que la preuve testimoniale ne soit admissible dans ce cas, conformément à l'article 1348 (2).

40. Nous avons vu que l'article 1834 applique aux sociétés les principes du droit commun. Mais il ne régit que les sociétés civiles. Le Code de commerce fait exception pour les sociétés en nom collectif, ou en commandite, ou anonymes. Les sociétés en nom collectif doivent être constatées par des actes publics ou sous signature privée, en se conformant, dans ce dernier cas, à l'article 1325, Code civil (39, C. comm.). Quant aux sociétés en commandite ou anonymes, elles peuvent également être établies par actes publics ou privés. (L. 24 juillet 1867, art. 1, 21, 47). La loi suppose donc constamment la nécessité d'un acte écrit, qu'aucun autre moyen de preuve ne peut sup-

n° 257. — Carré, n° 1226. — Caen, 12 nov. 1883. Sirey, 84, 2, 15. — Cass., 25 janvier 1885, Sirey, 85, 1, 109, qui rejette le pourvoi contre l'arrêt de Caen précité.

(1) Paris, 6 mai 1862. Sirey, 62, 2, 273. — Cass., 12 janv. 1864. Sirey, 64, 1, 88.

(2) Rouen, 22 juin 1842. Sirey, 43, 2, 29.

pléer. Les aveux, les reconnaissances des parties, la preuve testimoniale appuyée sur un commencement de preuve écrite, tout cela est insuffisant, quelle que soit la valeur de l'objet de la société, à moins qu'il ne s'agisse d'une simple association en participation (49, C. comm.). Autant dans l'intérêt des associés que dans celui des tiers, la loi a voulu, afin de prévenir les contestations, que les sociétés commerciales reçussent une constatation dont l'autorité fût irrécusable (1).

Mais nous devons remarquer d'abord que si, au lieu d'une société dont on allègue l'existence, il s'agissait d'une simple promesse de former une société, l'écriture ne serait plus de l'essence de cette obligation, qui constitue même un simple engagement civil. La preuve en serait recevable, soit par écrit, soit par témoins, suivant les principes généraux et ordinaires du droit commun.

Nous remarquons, en outre, que s'il s'agissait de régler et de liquider pour le passé une société de fait, et non d'en reconnaître l'existence pour l'avenir entre les prétendus associés, dans ce cas, la nécessité d'un acte écrit serait inapplicable. Des rapports de fait ayant existé entre les parties, la bonne foi veut que la liquidation en soit opérée; et comme il s'agit alors plutôt d'un fait que d'un contrat, tous moyens de preuve sont indistinctement admissibles, quelle que soit la valeur des objets sociaux et communs (2).

41. Comme la transaction a pour objet de terminer une contestation déjà née, ou de prévenir une contestation à naître, il ne faut pas que la vérification de son existence puisse être elle-même l'occasion d'un nouveau procès. La transaction irait contre son but si elle avait pour résultat de multiplier les contestations. Aussi l'article 2044 la soumet-il à un mode parti-

(1) MERLIN, Rép., v° *Société*. — TROPLONG, *Société*, n° 226. — *Contrà*, DELANGLE, *Société*, t. 2, n° 510 et suiv.

(2) TROPLONG, *Société*, n° 227.

culier de constatation. Elle doit être rédigée par écrit (1), même lorsqu'il s'agit de matière commerciale (2).

Ce n'est pas que l'écriture soit de son essence même, qu'elle soit une condition substantielle de sa validité. Elle n'est exigée que comme moyen de preuve. La transaction sera donc valable, quoiqu'elle ne soit pas constatée par écrit, pourvu que son existence et les diverses clauses dont elle est assortie soient d'ailleurs avouées et reconnues. L'article 2044 n'exclut ni les aveux, ni les reconnaissances de la partie à laquelle on l'oppose; et, en exigeant un acte écrit, il ne fait que rejeter la preuve testimoniale, alors même que l'intérêt de la transaction est inférieur à cent cinquante francs. Ce premier point est incontesté.

Mais s'il existe un commencement de preuve par écrit, la preuve par témoins sera-t-elle recevable? Question controversée, que nous croyons devoir résoudre négativement. Les mêmes raisons qui ont fait écarter la preuve testimoniale existent, en effet, dans ce cas, avec une égale force. C'est toujours un procès avec les mêmes inconvénients que le législateur a voulu prévenir. Le défaut d'un acte écrit faisant preuve complète établit même la présomption que si les parties ont tenté de transiger, elles n'ont cependant pas donné à leur transaction un caractère définitif (3).

Mais comme elle peut être prouvée par l'aveu et la reconnaissance de la partie à laquelle on l'oppose, le demandeur

(1) Discours de M. Albisson au Tribunat. — Voy. LOCRÉ, t. 15, p. 431. — FENET, t. 15, p. 115.

(2) Bordeaux, 5 fév. 1857. SIREY, 57, 2, 575.

(3) ZACHARIÆ, t. 3, p. 141, nte 6, 1re édit., et t. 4, p. 661, 4e édit. — TROPLONG, *Transaction*, no 50. — Caen, 12 avril 1845. SIREY, 46, 2, 168. — Pau, 1er août 1860. SIREY, 61, 2, 339. — Nancy, 5 déc. 1867. SIREY, 68, 2, 3. — Metz, 30 nov. 1869. SIREY, 70, 2, 550. — Paris, 30 nov. 1876. SIREY, 77, 2, 68. — *Contrà*, MERLIN, Quest., vo *Transaction*, § 3, no 3. — Cass., 28 nov. 1864. SIREY, 65, 1, 5. — Cass., 24 déc. 1877. SIREY, 78, 1, 252. — 8 janvier 1879. SIREY, 79, 1, 216. — Lyon, 8 mai 1879. SIREY, 81, 2, 118.

peut déférer à son adversaire le serment litis-décisoire (1). La délation de ce serment est, en effet, un moyen simple et facile de terminer toute contestation. Peu importe que l'article 2044 contienne une dérogation au droit commun. Il faudrait établir que non-seulement il déroge aux articles 1341 et 1347, mais encore à l'article 1358, suivant lequel le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit, alors du moins que la preuve peut résulter légalement de la reconnaissance et de l'aveu des parties. Or, bien loin que toute proscription de la preuve testimoniale emporte prohibition du serment décisoire, nous voyons que l'article 1715, qui, en cas de bail, exige, comme l'article 2044, en cas de transaction, une preuve écrite, permet expressément la délation de ce serment. Il n'y a donc pas incompatibilité entre la prohibition de la preuve par témoins et la délation du serment décisoire. L'un, au contraire, supplée l'autre; ou plutôt l'inadmissibilité de l'une fait place à l'autre, si l'écriture n'est de l'essence même de la convention ou disposition qu'il s'agit d'établir. Tel est le droit commun, à moins que l'on ne prouve que l'article 1715, en autorisant la délation du serment nonobstant la prohibition de la preuve testimoniale, contient lui-même, à cet égard, des dispositions exceptionnelles; ce qui est impossible.

On ajoute, en se fondant sur les motifs de la loi, que le serment litis-décisoire répugne à la nature de la transaction; qu'il suppose un procès sur la preuve, et que la loi ne veut pas qu'il puisse même y avoir de procès. Soit; mais, quel qu'ait été le dessein du législateur de prévenir, autant que possible, les contestations, il ne saurait se flatter de l'espoir de les

(1) ZACHARIÆ, t. 3, p. 141, n^te 5, 1re édit., et t. 4, p. 661, 4e édit. — DURANTON, t. 18, n° 406. — DELVINCOURT, t. 3, p. 477. — FAVARD, Rép., v° *Transaction*, § 2, n° 7. — MERLIN, *ibid.*, § 8, n° 1. — Nancy, 29 juill. 1837. SIREY, 39, 2, 140. — Limoges, 6 fév. 1845. SIREY, 45, 2, 653. — *Contrà*, TROPLONG, *Transaction*, n° 29. — Montpellier, 5 déc. 1825. SIREY, 29, 1, 331.

npêcher toutes, et, encore moins, avoir la prétention de pros-ire, lorsqu'elles sont nées, tous moyens légaux de preuve qui ermettent au juge de les terminer. N'est-il pas évident que délation du serment aboutira nécessairement à une dénéga-on ou à un aveu qui coupera court tout de suite au procès? omment ce moyen de preuve serait-il inadmissible, par cela ul qu'il intervient au milieu d'un débat? Mais si cette raison ait fondée, il faudrait aller jusqu'à dire que tout aveu judi-aire doit être écarté, parce que, y ayant procès, ce moyen de reuve répugne à la nature de la transaction; ce qui est évi-emment inadmissible; car, d'une part, en fait, les aveux n'in-rviennent, le plus souvent, que dans le cours d'une instance, , d'autre part, la valeur légale de ces aveux, pourvu qu'ils ient libres, éclairés et émanés de personnes capables, n'est s subordonnée aux circonstances au milieu desquelles ils se nt produits.

Mais de ce que nous admettons ici le serment décisoire, il s'ensuit point que celui qui dénie l'existence d'une transac-on puisse être interrogé sur faits et articles. C'est bien de tte procédure que l'on peut dire qu'elle répugne à la nature la transaction. Nous ajoutons que ces interrogatoires ne oduisent, le plus souvent, qu'un simple commencement de euve par écrit, et qu'ils sont ainsi frustratoires, puisque commencement de preuve est sans efficacité en matière de ansaction (1).

Les juges peuvent, toutefois, ordonner une comparution rsonnelle à l'audience, interroger les parties, les entendre ns leurs explications, et essayer d'obtenir d'elles un aveu. ie si elles ne parviennent point à se mettre d'accord sur xistence de la transaction et ses clauses particulières, les ges n'ont qu'à rejeter la demande comme n'étant pas justi-e. Ils ne sauraient, en effet, imposer, soit à l'une ou à utre, un contrat qui n'est point régulièrement formé, et sur xistence ou les termes duquel elles sont en débat.

(1) TROPLONG, *Transaction*, n° 31.

Nous ferons encore remarquer, à cet égard, que l'on ne do point assimiler à une preuve régulière et complète, des dem aveux, des demi-reconnaissances qui, étant contredits et co testés, auraient besoin d'être complétés par des présomptio et autres adminicules de preuve que la loi, en cette matièr déclare inadmissibles. Aussi, lorsqu'on poursuit un aveu jud ciaire par la voie d'explications à l'audience ou de la délatio du serment, doit-on poser des questions aussi simples, aus claires que possible, et qui ne laissent aucune place à l'amb guité ni à l'équivoque.

Quant au compromis par lequel les parties se donnent de juges de leur choix pour terminer leur différend, il doit lu même, comme la transaction, être rédigé par écrit. Il est fa par procès-verbal devant les arbitres choisis, ou par act devant notaire, ou sous signature privée (1005, C. pr.). No croyons, en conséquence, devoir appliquer à ce contrat to ce que nous venons de dire de la transaction. Car la loi s fonde ici sur des motifs semblables pour exiger une preuv écrite, quelle que soit la valeur de la chose mise en arbitrag Elle ne veut pas qu'un acte qui a pour objet de remettre à de tiers le soin de terminer une contestation, puisse être la caus d'une contestation nouvelle.

Du reste, s'il était allégué que l'acte constatant la transa tion (1) ou le compromis à été détruit ou perdu, tous moye de preuve seraient admissibles, conformément à l'article 134

42. Le nantissement civil s'écarte, sous certains rapport des règles ordinaires, et, sous d'autres, il s'y rattache. Entr les parties contractantes, le gage est soumis aux dispositio du droit commun concernant la preuve. C'est ce qu'exprima formellement M. Gary, organe du tribunat (2). « S'il ne s'agi disait-il, que de l'effet que doit avoir la convention entre l créancier et le débiteur, les règles suivant lesquelles la véri

(1) Zachariæ, t. 3, p. 141, 1re édit., et t. 4, p. 661, 4e édit.
(2) Fenet, t. 15, p. 215.

e cette convention doit être établie sont celles prescrites par
ı loi des contrats et obligations conventionnelles en général. »

Mais à l'égard des tiers, il y a lieu de faire une triple disnction. S'agit-il de choses excédant la valeur de cent cinuante francs, le privilége résultant du gage n'a lieu qu'autant u'il y a un acte public ou sous seing-privé, dûment enregistré, ontenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce t la nature des choses remises en gage, ou un état annexé de eurs qualité, poids et mesure (2074). La rédaction de l'acte ar écrit et son enregistrement ne sont ainsi prescrits qu'en ıatière excédant la valeur de cent cinquante francs (2074).

S'agit-il de choses ne dépassant pas cette somme, le gage urement verbal est valable, même à l'égard des tiers, et la reuve testimoniale en est admissible (1). Le législateur a ensé que dans une matière dont l'intérêt est si minime, il 'y a pas lieu de prendre, contre les simulations et les fraudes, es précautions qui exigent l'accomplissement de formalités oûteuses, dont le prix serait en disproportion avec l'imporance de l'acte.

S'agit-il enfin de meubles incorporels, tels que les créances ıobilières, le privilége ne s'établit que par acte public ou sous eing-privé, aussi enregistré et signifié au débiteur de la réance donnée en gage (2075). La nécessité de ces formalités articulières montre suffisamment qu'elles s'appliquent même ux créances qui ne dépassent pas cent cinquante francs (2).

L'article 2085 dispose que l'antichrèse ne s'établit que par crit. Cette preuve littérale est exigée aussi bien à l'égard du lébiteur et du créancier, qu'à l'égard des tiers, quelle que soit a valeur du fonds donné en antichrèse (3). De plus, pour être

(1) Troplong, *Nantissement*, n° 112.

(2) Troplong, *Nantissement*, n° 267. — Duranton, t. 18, n° 524, — Zachariæ, t. 3, p. 171, 1re édit., et t. 4, p. 704, 4e édit.

(3) Troplong, *Nantissement*, n° 514. — Zachariæ, t. 3, p. 175, 1re édit., et t. 4, p. 716, 4e édit. — Duranton, t. 18, n° 558.

opposable aux tiers, le contrat doit avoir date certaine pa
l'un des moyens de l'article 1328 (1).

Ce n'est pas que l'écriture soit, à l'égard du débiteur, un condition essentielle de sa validité. L'article 2085, en exigean une preuve écrite, se borne à proscrire la preuve testimonial et à rejeter les conventions simplement verbales, qui, en cette matière, ainsi que le disait M. Berlier (2), pourraient devenir le prétexte de nombreux désordres. Le créancier et le débiteur pourront donc se prévaloir, l'un contre l'autre, de leurs aveux et reconnaissances (3).

Mais la preuve testimoniale de l'antichrèse serait inadmissible, quand bien même il existerait un commencement de preuve par écrit. Les termes de l'article 2085 sont, en effet, impératifs, absolus et exclusifs de la preuve testimoniale; car le commencement de preuve par écrit ayant besoin d'être complété par des témoignages ou des présomptions, on ne peut dire que l'antichrèse ne soit établie que par écrit, ainsi que l'exige la loi. Il faut donc que les parties justifient, sans incertitude ni équivoque, de la nature des conventions alléguées. Remarquons, au surplus, que, sous certains rapports, l'antichrèse se rapproche du bail, et qu'il convient de lui appliquer, quant à la preuve, les mêmes règles (4).

Par les mêmes considérations, nous repoussons, comme au cas de bail, l'interrogatoire sur faits et articles, et n'admettons, en l'absence d'une preuve écrite, que la délation du serment décisoire.

Mais il est incontestable que, s'il était allégué que le titre constitutif de l'antichrèse a été détruit ou perdu, la preuve de son existence serait recevable par témoins, suivant le n° 4 de l'article 1348.

(1) Troplong, *ibid.* — Zachariæ, *ibid.* — Duranton, t. 13, n° 560.
(2) Fenet, t. 15, p. 211.
(3) Troplong, *Nantissement*, n° 515. — Duranton, t. 18, n° 558.
(4) *Contrà*, Zachariæ, t. 3, p. 175, 1re édit., et t. 4, p. 716, 4e édit.

43. D'après l'article 1907, le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit. Si cette disposition peut s'expliquer sous l'empire d'une législation qui autoriserait les stipulations arbitraires d'intérêt, elle ne se comprend plus aujourd'hui que la loi de 1807 fixe elle-même le taux de l'intérêt légal. Mais enfin, puisqu'elle existe, il faut bien qu'elle soit exécutée, et il s'ensuit évidemment qu'elle s'applique même au cas où il s'agit d'une somme principale inférieure à cent cinquante francs (1).

Mais remarquons bien qu'il ne s'agit que du taux de l'intérêt, et non de la stipulation de l'intérêt considérée en elle-même. Cette stipulation, abstraction faite du taux, peut être établie par tous moyens légaux de preuve, conformément aux règles ordinaires; c'est-à-dire quelle pourra l'être par les mêmes moyens de preuve qui seront admissibles à l'égard de la convention principale. Toutefois, si la preuve du taux de l'intérêt n'est pas administrée par écrit, comme l'exige l'article 1907, ce sera l'intérêt de droit qui sera dû au taux légal.

Cependant, M. Duranton (2) infère de cet article que la preuve par témoins d'une convention verbale d'intérêts est nadmissible, quand même il s'agirait d'une valeur au-dessous le cent cinquante francs. Il va même jusqu'à dire qu'il n'y a pas lieu à déférer le serment, ni à faire interroger le débiteur ur le fait de cette promesse d'intérêts qui ne produit aucune ction. Mais cette opinion excessive se réfute par l'article 1342. i, en effet, d'après cet article, la preuve testimoniale n'est pas eçue au cas où l'action contient, outre la demande du capital, ne demande d'intérêts qui, réunis au capital, excèdent la omme de cent cinquante francs, réciproquement, cette preuve st recevable lorsque le capital et les intérêts réunis ne épassent pas cette somme. La preuve testimoniale est alors ndistinctement admissible pour la dette des intérêts comme

(1) Troplong, *Prêt*, n° 409.
(2) T. 17, n° 598.

pour la dette du principal. Donc, il n'est pas vrai qu'une promesse verbale d'intérêts soit inefficace et ne produise aucune action.

Quant à la prohibition de prouver par témoins le taux de l'intérêt qui a été convenu, il faut remarquer qu'aujourd'hui elle se retourne contre le débiteur; car il ne peut jamais s'agir dans ce cas, que de l'allégation d'un taux inférieur à l'intérêt légal. Or, du moment qu'il est établi contre lui que des intérêts sont dus, et qu'il n'y a de débat que sur le taux de ces intérêts, il nous semble, conformément à la loi de réciprocité, qu'il est en droit d'établir le taux de l'intérêt, par les mêmes moyens de preuve qui ont été reçus pour établir contre lui l'existence de la dette en principal et intérêts. Il peut, en conséquence, soit s'autoriser de la preuve même qui a été administrée contre lui par le créancier, pour justifier que le taux de l'intérêt a été convenu, par exemple, à trois ou à quatre seulement, soit enfin suppléer la preuve écrite, que l'article 1907 exige, par l'aveu de la partie, le serment, l'interrogatoire sur faits et articles (1), et même la preuve testimoniale appuyée d'un commencement de preuve par écrit, suivant les principes du droit commun.

Il est, du reste, bien entendu que s'il s'agissait d'un taux usuraire, l'article 1907 serait inapplicable, et que la preuve testimoniale et les présomptions seraient admissibles de droit.

ARTICLE 1348.

Elles reçoivent encore exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui. — Cette seconde exception s'applique — 1° aux obligations qui naissent des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits; —

(1) TROPLONG, *Prêt, ibid.* — DUVERGIER, *Prêt,* n° 255.

2° aux dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, et à ceux faits par les voyageurs en logeant dans une hôtellerie, le tout suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait; — 3° aux obligations contractées en cas d'accidents imprévus, où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit; — 4° au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale par suite d'un cas fortuit, imprévu, et résultant d'une force majeure.

Sommaire.

1. Ordonnance de 1667.
2. L'article 1348 n'est pas limitatif.
3. Il faut qu'il y ait eu impossibilité de se procurer une preuve littérale.
4. Quelle doit être cette impossibilité?
5. Une simple difficulté ne suffit pas.
6. Elle peut être inégale suivant les personnes. Exemple.

§ 1er.

7. Quasi-contrat. *Quid,* s'il se rattache à un contrat antérieur? Exemple.
8. Suite.
9. Gestion d'affaires. Mandat.
10. Suite.
11. Suite. On tente vainement d'éluder la loi.
12. Répétition de l'indû.
13. Suite.
14. Délits et quasi-délits.
15. Erreur, violence, dol.
16. Le dol et la fraude doivent se confondre avec la consommation même du fait juridique. Exemple.
17. Peu importe qu'il ait été l'occasion d'un dol postérieur.
18. Simulation, exemple.
19. Des fraudes à la loi.
20. Antidates ou postdates frauduleuses.
21. Des tiers, en cas de fraude à leurs droits.
22. *Secùs,* des créanciers exerçant les droits de leur débiteur.

23. Certains délits présupposent un fait civil. Faux serment. Abus de confiance.
24. Peu importe la juridiction saisie.
25. Le fait civil ne produit point de question préjudicielle dont la juridiction criminelle doive renvoyer la connaissance aux tribunaux civils.
26. L'action publique est assimilée à l'action privée, quant à la preuve,
27. Sauf les mêmes exceptions.

§ 2.

28. Dépôts nécessaires. Observation sur la rédaction de ce paragraphe.
29. Pourquoi la preuve testimoniale est admissible?
30. Dépôts faits en logeant dans une hôtellerie.
31. Suite.
32. Les juges peuvent rejeter la preuve offerte,
33. Même en cas d'incendie, naufrage, etc...
34. Cafés, billards, bains, etc...
35. Voituriers par terre et par eau. Différence.
36. *Quid*, des objets oubliés et laissés?
37. Des pièces remises aux huissiers et autres officiers publics ou ministériels.
38. Des objets remis à des artistes et ouvriers.

§ 3.

39. Accidents imprévus.

§ 4.

40. Perte du titre.
41. Il faut d'abord prouver le cas fortuit. Ses caractères.
42. L'allégation d'un cas quelconque de perte ne suffit pas.
43. Du cas où la perte du titre présuppose un contrat antérieur.
44. La preuve de l'événement se confond souvent avec la preuve de la perte du titre. Exemple.
45. Tout fait de tiers est un cas fortuit, sauf appréciation.
46. Il reste à prouver la teneur du titre,
47. Mais rien au delà.
48. Différence entre l'acte authentique et l'acte privé.
49. Du cas où l'acte est soumis à certaines formalités spéciales.
50. Sauf les cas de fraude et de soustraction, un héritier ne peut prouver par témoins que son cohéritier doit à l'auteur commun.
51. Billets de banque, titres au porteur.

COMMENTAIRE.

1. A l'impossible nul n'est tenu. Tel est le principe de la nouvelle exception consacrée par notre article.

L'ordonnance de Moulins ne contenait aucune disposition spéciale à cet égard, regardant sans doute comme inutile d'énoncer ce que les règles ordinaires suppléaient d'elles-mêmes. Cependant l'ordonnance de 1667, titre 20, articles 3 et 4, disposait : « N'entendons exclure la preuve par témoins pour dépôt nécessaire, en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, ni en cas d'accidents imprévus, où on ne pourrait avoir fait des actes... ; ni pareillement pour dépôts faits en logeant dans une hôtellerie, entre les mains de l'hôte ou de l'hôtesse, qui pourra être ordonnée par le juge, suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait. »

2. Remarquez ces mots : où on ne pourrait avoir fait des actes; voilà le fondement de l'exception. Aussi la jurisprudence l'avait-elle étendue, sous l'ordonnance de 1667, à tous les cas non spécialement prévus où l'on ne pouvait avoir fait des actes. Il serait, en effet, injuste et absurde que la loi exigeât l'impossible, et exclut les parties du seul genre de preuve qui ait été à leur disposition. Les règles ci-dessus reçoivent donc encore exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui (1348). Et, dans ce cas, la preuve testimoniale est admissible, non-seulement lorsqu'il s'agit de choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs, mais encore lorsqu'il s'agit de prouver contre et outre le contenu aux actes. L'exception est générale et ne comporte aucune distinction. Nous remarquons seulement qu'il est assez difficile de comprendre comment il serait possible d'avoir à prouver quelque chose contre et outre le contenu aux actes, sauf le cas où le créancier aurait perdu le titre qui lui servait de preuve littérale.

L'énumération de certains cas auxquels s'applique cette seconde exception n'a, dans l'article 1348, aucun caractère limitatif. Comme le principe est que la preuve testimoniale est admissible toutes les fois qu'il n'a pas été possible de se procurer une preuve écrite, il s'ensuit que la preuve testimoniale peut être invoquée lorsque, sans se trouver dans aucun des cas énoncés dans notre article, on a été, néanmoins, dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale (1).

3. D'un autre côté, comme l'exception est fondée seulement sur l'impossibilité de se procurer une preuve écrite, elle cesse toutes les fois qu'il a été possible de se procurer une preuve de ce genre, alors même que l'on se trouve dans l'un des cas spécialement énoncés dans l'article 1348. En un mot, l'admissibilité de la preuve testimoniale est subordonnée à l'impossibilité de se procurer une preuve écrite ; mais elle n'est soumise à aucune autre condition, et toute espèce où cette impossibilité existe rentre dans les dispositions de l'article 1348, comme aussi on retombe sous l'empire des règles générales relatives à la prohibition de la preuve testimoniale, lorsqu'il a été possible, quelque soit le cas, de se procurer une preuve littérale (2).

4. Quel doit être le caractère de cette impossibilité? Le Code ne s'en explique point. Mais si l'on examine la nature de quelques-uns des cas qu'il prévoit, il est facile de se convaincre qu'il n'exige point une impossibilité physique et absolue, et qu'une simple impossibilité relative et morale peut également suffire pour faire admettre la preuve testimoniale de la part de celui qui l'invoque. Nous n'en voulons d'autre preuve que les nos 2 et 3 de l'article 1348, qui déclarent l'exception applicable aux obligations contractées en cas d'accidents impré-

(1) Favard, Rép., v° *Preuve*, § 1, n° 20. — Zachariæ, t. 5, p. 741, 1re édit., et t. 8, p. 344, 4e édit. — Cass., 18 mai 1841. Sirey, 41, 1, 545.

(2) Favard, *ibid.* — Zachariæ, *ibid.*

vus, où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit, en subordonnant, toutefois, l'admission de la preuve testimoniale à la qualité des personnes et aux circonstances du fait. Les juges sont donc investis, à cet égard, d'un pouvoir souverain d'appréciation, et il suffit qu'ils aient constaté, d'après les faits de la cause, une impossibilité quelconque de se procurer une preuve littérale, pour que la preuve testimoniale soit légalement admissible (1).

5. Plus le pouvoir des juges est étendu quant à l'appréciation des faits qui peuvent constituer l'impossibilité de se procurer une preuve écrite, plus ils doivent y apporter de modération et de réserve. Les divers cas spécialement désignés dans l'article 1348 indiquent eux-mêmes que si cette impossibilité peut être simplement relative et morale, elle doit néanmoins être réelle. Si les dispositions de notre article n'ont rien d'exclusivement limitatif, elles servent du moins à déterminer quel doit être le caractère général de cette impossibilité. Il doit être le même que dans les cas particuliers énumérés à titre d'exemples. Une simple difficulté ne suffit pas, et ce n'est pas seulement à ceux qui ont pu facilement se procurer une preuve littérale que la loi interdit la preuve par témoins. C'est à tous ceux qui ont pu, même avec une certaine difficulté, obtenir une preuve écrite, que s'adresse cette interdiction. Il faut donc effacer ce mot, facilement, dont se servait Pothier (2). Les dispositions du Code doivent être entendues plus rigoureusement.

On ne saurait non plus considérer comme une impossibilité légalement caractérisée, et conséquemment de nature à autoriser l'admission de la preuve testimoniale, celle qui ne serait fondée que sur des considérations de réserve, de politesse et

(1) Favard, *ibid.* — Zachariæ, *ibid.* — Toullier, t. 9, n°s 139, 200, 203. — Bonnier, n°s 110 et suiv. — Cass., 18 mai 1841. Sirey, 41, 1, 545. — Bordeaux, 2 mars 1871. Sirey, 71, 2, 221.

(2) *Oblig.*, n° 775.

d'égards, qui auraient empêché la partie qui les allègue de demander une preuve écrite. La loi, dans sa rigueur, ne fait aucune exception pour de semblables procédés, et elle ne pouvait en faire.

6. L'impossibilité, quelle qu'elle soit, de se procurer une preuve littérale peut elle-même ne pas être égale à l'égard de toutes personnes indistinctement; elle peut exister à l'égard de l'une, et non à l'égard de l'autre. Je prétends, par exemple, avoir acheté de vous un héritage, et j'offre de prouver que s'il n'a pas été rédigé d'acte de vente, c'est uniquement par la faute et la négligence du notaire chargé de sa rédaction. Je demande, en conséquence, à être admis à prouver par témoins l'existence de la convention alléguée, comme étant dans l'un des cas prévus par l'article 1348, où il m'a été impossible de me procurer une preuve littérale. La preuve testimoniale ne sera pas admissible envers vous, parce que, à votre égard, je n'ai pas été dans l'impossibilité d'obtenir une preuve écrite de la vente, puisque je pouvais retirer de vous, soit un acte privé, soit un acte authentique, en recourant au ministère d'un autre notaire, à défaut de celui auquel je m'étais d'abord adressé, et dont mon intérêt me faisait un devoir de surveiller la conduite.

Mais, à l'égard de l'officier public qui a négligé ou omis de rédiger la vente, je serai admis à prouver par témoins les faits de négligence et d'incurie que j'allègue de sa part. L'obligation que je prétends établir contre lui se fonde, en effet, sur un délit ou un quasi-délit qui lui est personnellement imputable, et dont je n'ai pu obtenir vis-à-vis de lui une preuve littérale (1).

Entrons maintenant dans le commentaire de chacun des paragraphes de notre article.

(1) Limoges, 4 juin 1840. Sirey, 40, 2, 491.

§ 1er.

7. La seconde exception qu'il pose s'applique, 1° aux obligations qui naissent des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits (1348).

Si jamais il est impossible de se procurer une preuve écrite, à coup sûr, c'est lorsqu'il s'agit de faits purs et simples dont les résultats matériels produisent, dans les rapports entre les personnes, des conséquences juridiques. Les faits de cette nature sont donc susceptibles d'être prouvés par témoins, quelque soit l'intérêt que présente leur constatation. Tels sont les faits de possession, de culture, de jouissance, d'enlèvement de fruits et autres de cette nature, qui ne supposent, à l'égard des parties entre lesquelles se meut la contestation, l'intervention d'aucun lien de droit contractuellement formé (1).

Cependant du moment qu'il ne s'agit plus seulement d'un fait pur et simple, et qu'on prétend, au contraire, caractériser ce fait et ses conséquences par un contrat dont on invoque l'existence, et auquel on prétend le rattacher, la preuve testimoniale en sera bien encore admissible ; mais l'admission de cette preuve sera modifiée dans ses résultats par l'existence des liens contractuels qui sont allégués. Je puis prouver par témoins que j'ai possédé, cultivé, ensemencé tel héritage. Mais si je prétends rattacher ces actes de possession à un contrat de vente qui m'aurait été consenti, je ne pourrai établir l'existence de ce contrat qu'au moyen d'une preuve écrite, conformément à l'article 1341. Ma possession, prouvée par témoins, aura sans doute pour conséquence juridique de m'autoriser à réclamer le remboursement des frais de culture contre le véritable propriétaire, auquel j'aurai restitué la chose et les fruits. Mais elle n'aura pas pour effet d'établir la preuve, ou même un commencement de preuve légale de l'existence

(1) Cass., 23 mai 1860. Sirey, 60, 1, 792.

du contrat de vente par lequel je prétends caractériser ma possession.

Je suis de même recevable à prouver par témoins que j'ai possédé jusqu'à telle limite, à l'effet d'établir la prescription en ma faveur. Mais si je prétends expliquer mes faits de possession, insuffisante pour prescrire, par une convention de bornage dont j'allègue l'existence, je ne pourrai en administrer qu'une preuve écrite, suivant l'article 1341. Car il s'agit alors non plus d'un fait pur et simple, mais d'un lien juridique contractuel qui sert à le caractériser dans son principe et dans ses effets.

De même enfin lorsque, s'agissant de l'exécution d'un contrat, je prétends que mon adversaire a été en faute en manquant des soins dont il était tenu, je puis bien prouver par témoins la contravention que j'allègue. Mais la preuve testimoniale du contrat auquel je veux la rattacher, comme constituant une faute contractuelle, ne sera admissible que si l'objet de ce contrat est d'une somme ou valeur qui ne dépasse pas cent cinquante francs, à moins qu'il n'existe un commencement de preuve par écrit.

8. Nous pouvons conclure en posant ce principe général, dont les exemples qui précèdent suffisent pour faire comprendre toute la portée : Lorsque le fait qui forme le sujet de la contestation, considéré dans son ensemble, comprend à la fois un fait pur et simple et une convention quelconque, la preuve de chacun des éléments qui le composent n'est admissible que conformément aux règles générales que nous avons déjà établies ; c'est-à-dire que le fait pur et simple pourra être prouvé par témoins, tandis que le lien juridique contractuel devra être prouvé au moyen d'un acte écrit, si son objet est d'une somme ou valeur supérieure à cent cinquante francs. Ainsi se combinent les principes rigoureux du droit, suivant qu'il a été impossible ou, au contraire, possible de se procurer une preuve littérale, eu égard au caractère particulier et à la nature propre

de chacun des éléments qui entrent dans la composition du fait. Nous allons retrouver l'application de ce principe en matière de délits ou de quasi-délits.

9. Les obligations qui naissent des quasi-contrats se forment en général sans le concours et la participation de la personne envers laquelle elles sont contractées. Il lui est dès lors, impossible de s'en procurer une preuve écrite. La preuve testimoniale est donc admissible de la part du maître, non-seulement pour établir le fait de la gestion d'affaires, mais encore chacun des éléments particuliers de cette gestion, ainsi que les conditions spéciales de chacun de ces éléments, qui entrent dans la reddition générale de compte (1).

Le mandant pourrait lui-même, en dehors de la preuve du mandat qui reste sous l'empire des règles générales, établir par témoins les faits particuliers qui se rapportent à son exécution; par exemple, les actes de mauvaise administration, de détournements, de dissimulations, d'emplois de deniers à la charge du mandataire. Car de toutes ces choses, il ne lui a pas été possible d'avoir une preuve écrite (2).

Peu importe que le maître dont la chose a été gérée par un tiers ait connu ou non la gestion. Soit qu'il l'ait ignorée, ou qu'il ait pu, la connaissant, s'y opposer, dans tous les cas, comme il n'est intervenu entre lui et le gérant aucun contrat formel, qu'il n'y a eu qu'une succession de purs faits d'administration dont il n'a pas été possible de retirer une preuve écrite, la preuve testimoniale est admissible, à quelque somme que la demande puisse monter (3). Le silence du maître peut constituer une adhésion aux actes du gérant; mais il ne saurait équivaloir à une convention de mandat, seul cas où l'ac-

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 778.— TOULLIER, t, 9, n° 141. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 742, 1re édit., et t. 8, p. 345, 4e édit. — BONNIER, nos 99 et suiv. — Cass., 18 fév. 1878. SIREY, 81, 1, 72. — 2 mars 1881. SIREY, 82, 1, 23.

(2) TOULLIER, t. 9, n° 141.

(3) *Contrà*, DURANTON, t. 13, n° 357.

cord des parties permet à l'une et à l'autre de retirer une preuve littérale.

La preuve testimoniale est également admissible de la part du gérant et du maître. Les termes absolus de l'article 1348 établissent entre eux une parfaite réciprocité, et ne comportent aucune distinction.

Quant aux obligations qui naissent de faits et d'actes qui ont eu pour conséquence de causer un bénéfice à l'égard de tiers, il est plus sensible encore qu'elles peuvent être établies par témoins. Soit donc qu'il s'agisse d'une action *negotiorum gestorum*, pour gestion d'affaires, ou *de in rem verso*, pour profit réalisé, les faits sur lesquels elle est fondée sont toujours susceptibles d'être prouvés par témoins.

10. Il n'est pas toujours facile de distinguer les faits de gestion simple de ceux qui constituent une véritable exécution de mandat. Lorsqu'il s'agit de faire cette distinction, il ne faut jamais perdre de vue ce principe essentiel, que la gestion d'affaires est un pur fait, tandis que le mandat est une convention.

Un notaire s'interpose spontanément pour procurer le placement de fonds appartenant à un tiers. C'est là un fait de gestion d'affaires qui pourra être établi par témoins contre lui, à l'effet de le rendre responsable du dommage qu'il a causé au prêteur, en ne s'assurant pas avec une exactitude suffisante de la solvabilité des emprunteurs et de la valeur des garanties fournies par eux (1).

Que si, au contraire, on excipe contre lui de l'inexécution d'un prétendu mandat qui lui aurait été donné, et dont il se serait chargé, il faut alors le prouver suivant les règles ordinaires. Tel est le cas où l'on prétend qu'il devait, avant de régulariser un contrat de vente, retirer un état des inscriptions ou prendre toute autre précaution convenue (2).

(1) Cass., 19 mars 1845. Sirey, 45, 1, 262.
(2) Lyon, 18 juill. 1845. Sirey, 46, 2, 167.

Le plus souvent, la nature des imputations servira à expliquer le véritable caractère du fait, mandat ou gestion d'affaires. Si des faits de négligence et d'omission sont seuls relevés, il y aura plutôt apparence de mandat, parce qu'ils s'accordent mieux avec un contrat de cette espèce qu'avec une gestion d'affaires, qui suppose une immixtion active dans les affaires d'autrui.

11. On a souvent essayé d'éluder les prohibitions de la loi, en offrant de prouver d'abord, par témoins, des faits de l'existence desquels on prétend ensuite déduire la preuve d'une convention, par exemple, d'un mandat tacite. Les juges doivent déjouer cette fraude à la loi, en repoussant la preuve testimoniale. Il n'est pas, en effet, permis de faire indirectement ce qu'il est défendu de faire d'une manière directe. Mais si les faits dont on offre la preuve ne sont point contestés, s'ils sont établis par des aveux ou des actes, alors le juge peut, après en avoir ainsi acquis une connaissance légale, leur donner leur véritable signification, et en déduire la preuve du contrat allégué (1).

Cette règle s'applique également au cas où l'avoué ayant besoin, suivant l'article 352, C. pr., d'un pouvoir spécial de son client, pour un acte de son ministère, la matière excède la valeur de cent cinquante francs. La preuve testimoniale en est irrecevable (1341, 1985), sans que les faits de la cause desquels on prétend faire découler la preuve du mandat, puissent l'établir légalement (2), s'ils ne sont eux-mêmes reconnus et avérés.

12. L'exception dont nous nous occupons ici ne s'applique pas, du moins en général, au quasi-contrat résultant de la réception de l'indû. En effet, celui qui exerce une action en répétition de ce qu'il prétend avoir payé indûment et par

(1) TROPLONG, *Mandat*, nos 142 et 143.
(2) Cass., 14 juill. 1851. SIREY, 51, 1, 590.

erreur, doit commencer par établir, conformément aux règles ordinaires, le payement qu'il allègue. Vis-à-vis de celui qui a reçu, et qu'il considérait comme véritablement créancier, il s'est trouvé dans la même position qu'en face d'un créancier réel. Il pouvait et devait, en conséquence, retirer une quittance écrite (1).

S'il ne se fait point remettre une quittance de cette nature, il pourra cependant y suppléer par la remise du titre ou de la grosse du titre constitutif de la créance. La possession de cet acte instrumentaire faisant preuve ou présomption du payement (1282-1283), suffira pour fonder son action en répétition de l'indû (2).

Si la chose délivrée en payement consistait en un corps certain et déterminé, qui pût être l'objet d'une action en revendication de la part de celui qui prétend avoir payé ce qu'il ne devait pas, la preuve testimoniale serait admissible, et voici comment : Celui qui exerce l'action en répétition de l'indû revendique le corps certain qu'il a payé, et prétend que la chose possédée par le défendeur est sa propriété ; tous chefs de contestation, possession du défendeur, propriété du demandeur, identité de la chose, qui sont susceptibles d'être établis par témoins. Or, le défendeur étant supposé avoir reçu le payement sans être réellement créancier, il s'ensuit qu'il ne peut, par aucune justification contraire, échapper à l'action du demandeur, quoique ce dernier n'ait fait constater le payement par aucune espèce d'acte.

13. Supposons encore que, me croyant réellement débiteur, je paye par erreur la dette d'un autre. Dans ce cas, j'ai le droit de répétition contre le créancier, à moins qu'il n'ait supprimé son titre par suite du payement (1377). Dès lors, je n'ai de recours que contre le véritable débiteur. Je pourrai néanmoins,

(1) Duranton, t. 13, nº 358. — Zachariæ, t. 5, p. 742, 1re édit., et t. 8, p. 345, 4e édit.

(2) Zachariæ, t. 5, p. 743, 1re édit., et t. 8, p. 345, 4e édit.

malgré la suppression du titre, établir par témoins l'existence de la dette de ce dernier. Je suis, en effet, dans l'exception posée dans le dernier paragraphe de l'article 1348; et, d'autre part, on ne saurait admettre que l'article 1377 ne m'ait accordé contre le véritable débiteur qu'un recours illusoire, si la preuve testimoniale n'était pas admissible, après la suppression du titre, pour établir l'existence de sa dette (1).

14. Quant aux obligations qui naissent des délits ou quasi-délits, la preuve testimoniale peut toujours en être invoquée. Car il est évident que le créancier n'a pu s'en procurer la preuve littérale.

Ces mots, de délits et de quasi-délits, ont une acception fort étendue; ils comprennent tous les faits qui, sans constituer, d'après la loi criminelle, une contravention, un délit ou un crime, causent à autrui un dommage dont leur auteur est responsable, soit qu'il ait agi ou non avec l'intention de nuire. Nous ne les considérons ici qu'au point de vue des obligations juridiques qui en naissent à l'égard des parties lésées, et de l'action civile à laquelle elles servent de fondement.

L'admissibilité de la preuve testimoniale ne présente aucune difficulté, lorsque les délits ou quasi-délits ne se rattachent à l'existence d'aucune convention antérieurement formée entre ceux qui les ont commis et ceux qui en éprouvent un dommage. Alors, au contraire, que leur perpétration se lie à l'existence, l'exécution ou l'inexécution du contrat ou de tout autre acte juridique, il n'est pas toujours aussi facile de décider la question d'admissibilité ou d'inadmissibilité de la preuve testimoniale. Le principe qui doit servir de règle se trouve posé en tête de notre article : Le créancier a-t-il pu, oui ou non, se procurer une preuve littérale? Voilà toute la question, et elle se reproduit incessamment.

15. On ne saurait douter que la partie qui attaque de nullité

(1) Zachariæ, *ibid.*

un acte pour cause d'erreur, de violence ou de dol, ne puisse établir par témoins l'existence des différents vices de consentement qu'elle allègue. Car elle a été dans l'impossibilité de s'en procurer une preuve littérale, soit que l'acte soit authentique ou privé (1).

Seulement, s'il s'agit d'un acte authentique, et que les allégations d'erreur, de violence, de dol, de fraude et de simulation, reposent sur des faits qui soient en contradiction avec les énonciations de l'acte, alors il est nécessaire de se pourvoir par la voie de l'inscription de faux (2).

16. On a souvent tenté d'éluder, à la faveur d'une allégation de dol, les prohibitions de l'article 1341. Mais il ne suffit pas qu'un dol quelconque ait existé pour que la preuve testimoniale soit admissible; il faut que le dol soit tel que les manœuvres qui le constituent aient eu pour résultat de surprendre le consentement de celui qui prétend l'établir.

Voici une espèce : Catherine Vianès remet à Lezin-Delpech des billets pour que l'endossement en blanc soit rempli en son nom. Cette remise est provoquée et déterminée par des manœuvres frauduleuses. Lezin-Delpech remplit les endossements à son profit, et soutient ensuite que les billets sont sa propriété. La preuve testimoniale sera-t-elle admissible de la part de Catherine Vianès? Oui, a décidé la Cour de cassation (3), par le motif « qu'au fond il ne s'agit pas, dans l'espèce, de la violation d'un dépôt volontaire; que le fait déclaré constant par l'arrêt attaqué constitue uniquement un détournement de valeurs dont la remise a été provoquée et déterminée par

(1) Toullier, t. 9, nos 172 et suiv. — Zachariæ, t. 5, p. 745, 1re édit., et t. 8, p. 344, 4e édit. — Merlin, Rép , v° *Dol,* n° 6. — Favard, Rép., v° *Preuve,* § 1, n° 6. — Cass., 20 déc. 1832. Sirey, 33, 1, 344. — 3 juin 1835. Sirey, 35, 1, 428. — 4 fév. 1836. Sirey, 36, 1, 839. — 28 nov. 1838. Sirey, 39, 1, 813.

(2) Zachariæ, t. 5, p. 752, 1re édit., et t. 8, p. 354, 4e édit. — Toullier, t. 9, nos 175 et suiv.

(3) 27 mai 1837. Sirey, 38, 1, 187. — Voy. encore Cass., 9 mars et 10 nov. 1871. Sirey, 72, 1, 94.

des moyens de fraude; qu'en s'appropriant ces valeurs par suite de la dite remise, Lezin-Delpech n'a fait que réaliser le bénéfice des manœuvres frauduleuses qui l'ont précédée; d'où il suit que c'est au moment même où elles ont eu lieu que remonte le délit dont il s'est rendu coupable. »

La preuve testimoniale a été ainsi déclarée admissible, parce que les manœuvres dolosives, se confondant avec la consommation même de l'acte, ont eu pour effet de surprendre le consentement de la partie. Elle a été, en effet, réellement dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale.

Autre espèce : Humbert était débiteur envers Vibrac d'une somme de trois cents francs, en vertu d'une reconnaissance sous signature privée. Vibrac demande à son débiteur un titre écrit sur papier timbré, en échange de la simple reconnaissance. Humbert y consent, se fait remettre la reconnaissance, et donne à Vibrac un billet dans lequel il n'avait porté que cent francs. Poursuivi pour abus de confiance, il fut condamné, suivant l'article 408, C. p., par la Cour d'appel de Nancy. Pourvoi de sa part. Il prétend que le titre lui avait été remis volontairement par Vibrac; que cette remise volontaire, aux termes de l'article 1282, établissait une présomption de libération contre laquelle la preuve testimoniale n'était pas admissible; qu'enfin l'abus de confiance prétendu présupposait l'existence d'un acte civil dont la preuve par témoins n'était recevable qu'autant qu'il eût existé un commencement de preuve par écrit. Le pourvoi fut rejeté, parce que la Cour de cassation plaça l'espèce dans l'un des cas d'exception prévus par l'article 1348, « attendu qu'il résultait des termes de l'arrêt qu'il y avait eu fraude de la part du débiteur dans le fait qui avait donné lieu à la remise non spontanée du billet, comme dans l'abus qui avait été fait par lui de cette remise; que, dès lors, l'appropriation frauduleuse ainsi déterminée et ainsi caractérisée rentrait dans le cas d'exception prévu par l'article 1348, C. civ., combiné avec l'article 1353 du même Code (1) ».

(1) 14 juillet 1843. Sirey, 43, 1, 806.

Dans les cas ordinaires de dol, les manœuvres touchent au fond même de l'acte, sans se référer au mode de sa constatation. Vous me déterminez par dol à vous vendre ma propriété ; ce qui ne m'empêche pas de vous en passer acte d'une façon parfaitement régulière en apparence : Voilà une espèce qui diffère essentiellement de celles que nous venons de rappeler. Dans celles-ci, en effet, le dol a porté tout à la fois sur le fond même de la convention et sur la manière de la constater. Il a provoqué et déterminé la remise des valeurs, sans rédaction d'aucun acte écrit constatant cette remise. Cependant, dans l'une et l'autre hypothèse, la preuve par témoins est également admissible, parce que le consentement n'a été également ni libre ni spontané, et que le détournement des choses remises et confiées, sans preuve écrite, est un fait en dehors de toute prévoyance de la part de la partie lésée. C'est précisément ce qui a lieu en matière d'escroquerie (405, C. p.), laquelle ne se distingue du dol ordinaire que par l'intensité et les caractères plus graves de la fraude.

Par les mêmes raisons, la preuve par témoins est recevable lorsque le dol a été pratiqué en vue de déterminer la personne qui en est la victime à ne point exiger une preuve littérale. Tel est le cas où, vous souscrivant des billets de complaisance, ou faisant avec vous tout autre acte simulé, vous me décidez, au moyen de manœuvres dolosives et frauduleuses, à ne point retirer de preuve écrite de la simulation convenue. Ici le dol ne concerne point le fond du contrat ; il ne touche qu'au mode de sa constatation. Cependant, comme ce sont vos manœuvres qui ont égaré ma raison et déconcerté ma prévoyance, je serai admis à les établir au moyen de la preuve testimoniale.

Tel serait encore le cas où, obtenant de moi la remise de fonds ou valeurs, vous parvenez par dol à me déterminer à ne point en prendre une preuve écrite. Je pourrai prouver par témoins les manœuvres pratiquées par vous à mon égard, et, par les mêmes moyens, établir le fait de la remise, bien que,

en l'absence de toute circonstance de dol, il ne fût pas susceptible de ce genre de preuve.

Pour nous résumer sur ce point, nous disons donc que la preuve testimoniale est admissible sur les faits de dol, contemporains à la consommation du contrat, lorsque les manœuvres employées ont eu pour résultat de surprendre le consentement de la partie, soit sur le fond même de l'acte, soit sur le mode de sa constatation (1).

17. Mais si, en dehors de toute surprise de consentement, et sous le seul prétexte que le contrat dont l'existence est alléguée a été l'occasion d'un délit ou d'un quasi-délit, on prétend établir ce contrat au moyen de la preuve testimoniale, on n'y sera pas reçu, s'il n'est point par lui-même de nature à être prouvé par témoins. Il faut, en effet, ne pas confondre la preuve du dol avec la preuve du contrat qui en a été l'occasion. Le dol pourra sans doute être prouvé par témoins, puisqu'il a été impossible de s'en procurer une preuve écrite. Mais, quant au contrat préexistant qui y a donné lieu, la même impossibilité n'existant pas, la preuve testimoniale est inadmissible. Dans ce cas, la partie contractante a pu et dû, puisque son consentement n'a été surpris ni sur le fond de la convention, ni sur la manière de l'établir, en retirer une preuve écrite. Peu importe que cet acte ait donné lieu plus tard, après sa consommation, à des manœuvres de fraude et de mauvaise foi qui constituent un délit ou un quasi-délit; elles ne sauraient autoriser l'admission de la preuve testimoniale sur l'existence du contrat qu'elles présupposent, et sans lequel elles n'auraient pas existé (2). Nous reviendrons sur ce point.

(1) Zachariæ, t. 5, p. 746, 1re édit., et t. 8, p. 349, 4e édit. — Toullier, t. 9, nos 186 et 187. — Cass., 22 août 1840. Sirey, 41, 1, 255. — 12 nov. 1863. Sirey, 64, 1, 244. — 29 janvier 1867. Sirey, 67, 1, 245. — 8 août 1878. Sirey, 79, 1, 461.

(2) Zachariæ, *ibid.* — Toullier, t. 9, nos 179 et suiv., 190. — Cass., 20 avril. 1844. Sirey, 44, 1, 848.

18. Les questions de cette nature s'élèvent fréquemment à l'occasion et à la suite d'actes simulés. Les simulations offrent elles-mêmes une grande variété; mais elles ont toutes ce trait commun de ressemblance, qu'elles déguisent la vérité. Elles s'appliquent tantôt à la nature, à la cause, à la réalité même de la convention ou disposition; tantôt elles concernent son exécution seulement. La preuve testimoniale n'en est pas indistinctement admissible.

La simulation a-t-elle été provoquée et déterminée par des manœuvres frauduleuses? La preuve par témoins pourra être invoquée et reçue, ainsi que nous venons de le voir pour le cas de dol, afin d'établir la réalité et la sincérité de l'acte.

Il suffit même, dans certains cas, d'une simple présomption de dol ou de contrainte, pour que la preuve testimoniale soit admissible. Ainsi, une femme mariée concourt à l'aliénation de ses propres, et une partie du prix est dissimulée dans l'acte de vente. Alors même qu'elle aurait participé sciemment à cette dissimulation, elle ne cesse pas d'être fondée à l'établir par témoins et à réclamer le véritable prix. La loi lui accordant d'une manière absolue la récompense du prix de son immeuble aliéné par elle et par son mari conjointement (1437, 1450), elle ne peut être privée d'une partie de cette récompense, par suite d'une dissimulation qui n'est le plus souvent, de sa part, que le résultat forcé de l'ascendant marital (1).

Mais si la simulation a été, au contraire, volontairement consentie, avec connaissance, sans erreur, dol ni violence, celui qui prétend que l'acte est simulé dans son ensemble, ou dans une ou plusieurs de ses énonciations, ne devra pas être reçu à la prouver par témoins sauf le cas où il existerait un commencement de preuve par écrit (2). Ou bien à moins que

(1) Toullier, t. 12, n° 345. — Troplong, *Contrat de mariage*, n° 1162. — Cass., 14 fév. 1843. Sirey, 43, 1, 193. — Besançon, 21 juin 1845. Sirey, 46, 2, 451. — Douai, 28 avril 1851. Sirey, 52, 2, 369. — Cass., 30 déc. 1857. Sirey, 58, 1, 276.

(2) Cass., 30 juin 1879. Sirey, 81, 1, 397.

la preuve de la simulation ne résulte des énonciations mêmes de l'acte attaqué (1). C'est qu'il lui a été possible de se procurer une preuve littérale de la simulation, soit en rétablissant dans une contre-lettre la sincérité de l'acte, soit en se garantissant de toute autre manière contre les conséquences de la simulation et du déguisement.

Quelques exemples feront mieux comprendre le principe. Dans un contrat de mariage ou dans tout autre acte, l'une des parties reconnaît avoir reçu une somme de..., dont elle donne quittance. Un donateur déguise une donation sous la forme d'un contrat de vente, dont le prix est quittancé par l'acte. La preuve testimoniale sera inadmissible pour établir que, en réalité, la somme n'a pas été payée, et que la vente constitue au fond une donation véritable (2).

Quelle que soit la mauvaise foi de celui qui abuse de la simulation de l'acte, soit pour exiger la restitution d'une dot qui, quoique quittancée, n'a pas été payée du tout, soit pour exercer une action en garantie contre un donateur prétendu, pour cause d'éviction, avec dommages et intérêts et restitution d'un prix non payé; comme ce n'est là qu'un acte de mauvaise foi simple, postérieur à la passation du contrat, à laquelle il ne s'est d'ailleurs mêlé aucune manœuvre frauduleuse pour surprendre le consentement, l'exception de l'article 1348 cesse, puisqu'il a été également possible à toutes parties de retirer une preuve écrite de la simulation. Elles peuvent bien être relevées, au moyen de la preuve testimoniale, de l'erreur, du dol et de la violence, en un mot, des vices de consentement; mais elles ne sauraient l'être de même des actes qui ne sont que le résultat de leur imprévoyance et de leur incurie (3).

Ainsi, un débiteur se fait remettre quittance de sa dette, en

(1) Cass., 14 juin 1880. Sirey, 81, 1, 448.

(2) Toullier, t. 9, nos 178 et suiv.

(3) Duranton, t. 10, no 357. — Zachariæ, t. 5, p. 748, 1re édit, et t. 8, p. 350, 4e édit. — Cass., 8 janv. 1817. Sirey, 17, 1, 151. — 6 août 1828. Sirey, 28, 1, 305. — 30 avril 1838. Sirey, 38, 1, 437.

promettant d'en effectuer le payement. Cependant, il ne paye pas, et se prévaut de la quittance. S'il n'existe aucune autre manœuvre frauduleuse antérieure ou simultanée avec la remise de cette quittance, qui ait eu pour effet de surprendre et tromper le créancier, ce fait ne constitue point le délit d'escroquerie (1), et le créancier n'est pas recevable à prouver par témoins que la dette est encore due, contrairement aux énonciations de la quittance. En l'absence de toute manœuvre frauduleuse et dolosive qui l'ait déterminé à se prêter à la simulation, la mauvaise foi simple du débiteur, postérieure à l'acte, n'autorise point l'admission de la preuve testimoniale.

Tel est encore le cas où je déguise une donation sous la forme d'un engagement dont la cause est simulée. Je ne pourrai pas établir par témoins la simulation. Mais si elle est reconnue de toutes parties, la preuve testimoniale est admissible pour établir la cause véritable de l'obligation. Ainsi, je souscris un billet qui déguise une libéralité; plus tard, sur l'action en payement dirigée contre moi, il est reconnu que la cause qui y est exprimée est simulée; je pourrai, dès lors, établir par témoins que l'obligation n'avait été souscrite que pour assurer à l'un de mes enfants, décédé depuis, un avantage excédant la quotité disponible (2).

19. Si la preuve testimoniale est inadmissible pour établir la simulation simple, ce n'est que lorsqu'elle n'a pas eu pour objet de déguiser une fraude à la loi. Si, au contraire, tel a été son but, celui des contractants qui a intérêt à établir la simulation peut la prouver par témoins ou par présomptions, du chef même du vice qu'elle avait pour objet de couvrir.

Il y a fraude à la loi toutes les fois que l'on dissimule la cause de l'acte, ou que l'on en déguise le caractère pour échapper à

(1) Cass., 10 mai 1850. Sirey, 50, 1, 816.
(2) Cass., 8 avril 1835. Sirey, 36, 1, 37. — Voy. Cass., 16 nov. 1859. Sirey, 60, 1, 266. — Aix, 25 janvier 1871. Sirey, 71, 2, 264.

l'application de ses dispositions irritantes. Quelquefois, les clauses mêmes du contrat, leur combinaison et leur rapprochement fournissent un commencement de preuve de la simulation. Tel est le contrat pignoratif qui sert à masquer une antichrèse exorbitante, en violation de l'article 2088. Il n'y a pas de doute que, en pareil cas, la preuve testimoniale ne soit admissible pour compléter la preuve d'un déguisement frauduleux que le contrat commence par signaler lui-même.

Mais, le plus souvent, l'acte n'en fournit par lui-même aucune espèce de preuve. Sa cause est si bien dissimulée, son caractère si parfaitement déguisé, qu'à s'en tenir aux apparences seules, il est impossible d'y découvrir le moindre indice d'une fraude concertée envers la loi. Or, nous disons que la preuve testimoniale ne laisse pas d'être admissible pour l'établir. Car toute fraude à la loi contient en même temps une fraude à la personne, puisqu'elle tend, au moyen d'une simulation, à lui enlever le bénéfice de la nullité de l'acte, que la loi prononce d'une manière absolue ou relative, soit dans l'intérêt des bonnes mœurs et de l'ordre public, soit dans un but d'utilité générale, soit enfin dans un intérêt de protection à l'égard de certains droits particuliers et personnels. L'article 1353 admet même les simples présomptions lorsqu'il s'agit de dol et de fraude, et il ne distingue point entre la nature de la fraude; qu'il s'agisse d'une fraude à la partie ou d'une fraude à la loi, peu importe. Ses dispositions sont absolues, et elles devaient l'être, puisque toute fraude à la loi implique une fraude à la partie. D'autre part, comme les simples présomptions ne sont admises comme éléments de preuve que dans les cas où la preuve testimoniale est elle-même admissible, les admettre en matière de fraude, c'est également admettre la preuve par témoins (1).

Mais cette admission de la preuve testimoniale, lorsqu'il

(1) Cass., 28 août 1877. Sirey, 78, 1, 270.

s'agit de fraude à la loi, n'est elle-même que la conséquence des principes généraux du droit. D'abord, on ne comprend guère comment le législateur, dont la première préoccupation comme le premier devoir est d'assurer autant que possible l'exécution de ses dispositions, et de déjouer les simulations frauduleuses à l'aide desquelles on tenterait de les éluder, comment le législateur n'aurait point admis la preuve testimoniale et les simples présomptions pour démasquer les fraudes dont le succès serait, le plus souvent, assuré par l'impossibilité d'en produire une preuve littérale. Quelque défiance que lui inspire la preuve testimoniale, quelque crainte qu'il ait de la subornation et du mensonge, cette défiance et cette crainte ont dû disparaître devant le danger plus sérieux d'encourager les fraudes à la loi, et d'en assurer le triomphe par l'impossibilité de les découvrir.

Nous disons l'impossibilité ; car, quelque volontaire que l'on suppose la participation commune des contractants à l'acte simulé, il ne leur était pas possible moralement d'en obtenir une preuve écrite. Demander, en effet, en pareille circonstance, une reconnaissance mutuelle de la simulation frauduleuse, ce serait manifester clairement l'intention de ne contracter que pour la forme, et de se réserver, pour en user plus tard, le moyen d'éluder l'engagement en démasquant la fraude qu'il contient envers la loi. Le but de la simulation est, au contraire, de déguiser, afin d'en assurer autant que possible l'exécution, un acte illicite et nul sous les apparences d'un acte valable et obligatoire. Ce ne serait plus un déguisement ni une simulation, si les parties elles-mêmes prenaient soin de rédiger, parallèlement à l'acte frauduleux et simulé, un autre acte qui en rétablît la vraie cause et le véritable caractère. A la différence des simulations ordinaires, toute idée de contre-lettre est donc inconciliable avec la rédaction d'un acte destiné, par suite d'un concert commun, à couvrir une fraude à la loi. Ainsi, nous avons raison de dire qu'il y a impossibilité morale d'en avoir une preuve écrite, et, dès lors, nous nous trouvons

pleinement sous l'application de l'exception consacrée par l'article 1348 (1).

La jurisprudence a établi ce principe dans de nombreux monuments. Elle l'a notamment appliqué aux cas où, sous les apparences d'un acte licite et valable quant à sa cause et à son objet, les parties ont dissimulé une dette de jeu (2), un dédit de mariage (3) ou une perception d'intérêts usuraires (4).

Les donations, déguisées sous la forme d'un contrat onéreux, sont, d'après le même principe, révoquées pour survenance d'enfants, de même que les donations ouvertes, sur la poursuite du donateur (5) ou de ses enfants (6).

Pareillement, le mari peut établir que l'acte par lequel il se reconnaît débiteur envers sa femme d'une somme qu'il aurait touchée comme faisant partie de sa dot, contient une donation déguisée qu'il peut dès lors révoquer, suivant l'article 1096 (7).

La même règle a été enfin appliquée aux cas où les parties auraient essayé, au moyen d'une antidate, d'échapper à la nullité du contrat de rente viagère prononcée par l'article

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 748. — BONNIER, n° 643.

(2) LOCRÉ, t. 15, p. 174. — DURANTON, t. 18, n° 107, et t. 13, n° 332. — MERLIN, Rép., v° *Jeu*, n° 4. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 752, et t. 3, p. 79, 1re édit., et t. 8, p. 351, nte 28, et t. 4, p. 576, 4e édit. — TROPLONG, *Cont. aléat.*, n° 64. — Cass., 29 déc. 1814. SIREY, 16, 1, 212. — 3 nov. 1826. SIREY, 27, 1, 66.

(3) Voy. art. 1227, n° 3. — Cass., Chambres réunies, 7 mai 1836. SIREY, 36, 1, 574. — 11 juin 1838. SIREY, 38, 1, 494. — Nîmes, 25 janv. 1839. SIREY, 39, 2, 177.

(4) DURANTON, t. 13, n° 332. — TOULLIER, t. 9, n° 193. — ZACHARIÆ, t. 3, p. 100, et t. 5, p. 751, 1re édit., et t. 4, p. 613, et t. 8, p. 354, 4e édit. — Cass., 2 déc. 1813. SIREY, 14, 1, 30. — 28 juin 1821. SIREY, 22, 1, 269. — 22 mars 1824. SIREY, 25, 1, 43. — 18 fév. 1829. SIREY, 29, 1, 96. — 27 juillet 1874. SIREY, 75, 1, 15.

(5) Montpellier, 12 juin 1834. SIREY, 35, 2, 24.

(6) Nîmes, 26 nov. 1828. SIREY, 29, 2, 112. — Cass., 6 nov. 1832. SIREY, 32, 1, 801.

(7) Limoges, 28 fév. 1839. SIREY, 39, 2, 375.

1975 (1), ou dissimulé dans un traité secret un supplément de prix pour transmission d'office, en dehors du traité ostensible soumis à l'approbation du gouvernement (2).

20. On ne saurait non plus douter que les mineurs, les interdits, les femmes mariées et autres incapables ne soient admis à établir par témoins les postdates ou antidates, et autres manœuvres de simulation et de fraude, au moyen desquelles on aurait essayé de masquer leur incapacité personnelle. Ici la fraude à la loi se confond avec la fraude à la personne. Ce point est hors de toute contestation.

21. Quant aux tiers qui attaquent comme frauduleux et simulé à leur préjudice l'acte qu'on leur oppose, il n'y a pas de doute qu'ils sont recevables à prouver par témoins et par présomptions la simulation et la fraude. Car ils ont été dans l'impossibilité de s'en procurer une preuve littérale. Telle est la situation des créanciers qui attaquent en leur nom personnel, conformément à l'article 1167, les actes de leur débiteur comme faits en fraude de leurs droits (3);

Des héritiers réservataires qui prétendent que l'acte qu'on leur oppose contient une donation déguisée au préjudice de leur réserve légale et en fraude de la loi (4);

(1) Troplong, *Cont. aléat.*, n° 269. — Zachariæ, t. 3, p. 83, 1re édit., et t. 4, p. 586, 4e édit. — Cass., 15 juill. 1824. Sirey, 25, 1, 46.

(2) Nîmes, 10 juin 1847. Sirey, 48, 2, 147. — Lyon, 17 nov. 1848. Sirey, 49, 2, 334. — Cass., 24 fév. 1863. Sirey, 63, 1, 183.

(3) Pothier, *Oblig.*, n° 766. — Duranton, t. 13, n° 338. — Toullier, t. 9, nos 164 et suiv., 190. — Cass., 24 mars 1829. Sirey, 29, 1, 135. — 5 janv. 1831. Sirey, 31, 1, 8. — 14 janv. 1868. Sirey, 68, 1, 292. — Cass., 22 mars 1875. Sirey, 76, 1, 111. — 24 janvier 1881. Sirey, 81, 1, 404.

(4) Toullier, *ibid.* — Zachariæ, t. 5, p. 747, 1re édit., et t. 8, p. 350, 4e édit. — Cass., 10 juin 1816. Sirey, 16, 1, 447. — 31 juill. 1833. Sirey, 33, 1, 840. — Toulouse, 15 mars 1834. Sirey, 34, 2, 537. — Bordeaux, 7 mars 1835. Sirey, 35, 2, 263. — Cass., 18 août 1862. Sirey, 63, 1, 265. — 29 juillet 1863. Sirey, 64, 1, 80. — Pau, 6 juin 1864. Sirey, 65, 2, 105. — Cass., 20 mars 1865. Sirey, 65, 1, 208.

Des héritiers, quels qu'ils soient, qui prétendent que les actes de leur auteur, dont on se prévaut contre eux, contiennent des dispositions à titre gratuit au profit de personnes incapables de recevoir, soit à l'aide de personnes interposées, soit sous les apparences de contrats à titre onéreux (1);

De l'enfant renonçant qui offre de prouver l'existence de libéralités faites par l'auteur commun et qui doivent être réunies fictivemement à la masse successorale, afin de déterminer le montant de la quotité disponible qu'il est en droit de retenir (2).

22. Mais les créanciers qui se bornent à exercer les droits de leur débiteur, en son lieu et place, conformément à l'article 1166, ne peuvent invoquer d'autre genre de preuve que leur auteur. Ils en sont, en effet, les ayants-cause, du moment qu'ils n'exercent aucun droit qui leur soit propre, et qu'ils n'agissent point en leur nom personnel. La preuve testimoniale est donc admissible ou inadmissible de leur part, suivant qu'elle l'est également de la part de celui dont ils exercent les droits.

23. Nous devons revenir en terminant sur une question que nous n'avons fait pour ainsi dire qu'effleurer.

Il y a certains délits dont la consommation suppose la préexistence d'un fait juridique. Ainsi, le faux serment n'existe qu'à la condition de la vérité du fait dont il avait l'affirmation ou la dénégation pour objet; l'abus de blanc-seing ou de confiance n'existe de même que tout autant qu'un blanc-seing ou autres choses ont été remises et confiées. Il y a donc là

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 777. — DURANTON, t. 8, n° 267. — TOULLIER, t. 5, n° 77, et t. 9, n° 164. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 747, 1re édit., et t. 8, p. 350, 4e édit. — Cass., 27 avril 1830. SIREY, 30, 1, 186. — 2 juill. 1839. SIREY, 39, 1, 626. — 20 avril 1847. SIREY, 47, 1, 437. — 13 janv. 1857. SIREY, 57, 1, 180. — 3 mars 1857. SIREY, 57, 1, 182.

(2) Cass., 18 août 1866. SIREY, 66, 1, 383.

deux ordres de faits différents : un fait civil d'abord, puis un fait criminel. Or, nous allons établir que chacun d'eux n'est susceptible que du genre de preuves admises, soit par le droit civil, soit par le droit criminel.

Quant à la partie lésée, il est de toute évidence que, pour être reçue à prouver l'abus de confiance prévu par l'article 408 du Code pénal, elle doit commencer par établir la remise, à un titre particulier, des choses sur lesquelles le délit a été consommé. Il en est de même de l'abus de blanc-seing (407, C. p.). La remise d'une semblable pièce constitue un véritable dépôt qui, à part toute circonstance de fraude, dol ou violence, ne peut, aux termes des articles 1341 et 1923, être prouvé par témoins (1), ou du moins ne peut l'être que conformément aux règles ordinaires. Peu importe, en effet, que, au delà du fait civil dont l'existence est présupposée, il s'en soit accompli un autre qui a un caractère criminel. Il n'en est pas moins vrai que ce second fait ne modifie point le premier, et ne change point le genre de preuve admissible à son égard. Car le genre de preuve dont il est susceptible dépend exclusivement de sa nature propre et particulière. Chacun des éléments dont le concours constitue le délit ne peut donc être établi que suivant le mode de preuve dont il est, considéré isolément, particulièrement susceptible. Mais si le fait civil ne peut être prouvé que suivant les règles de droit commun relatives aux contrats, le fait criminel, ce premier fait une fois établi, peut être prouvé par témoins.

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 645, 1re édit., et t. 8, p. 221, 4e édit. — MERLIN, Rép., v° *Blanc-seing*, n° 2. — MARCADÉ, art. 1348, n° 2. — Cass., 18 janv. 1831. SIREY, 31, 1, 192. — 5 mai 1831. SIREY, 31, 1, 188. — Riom, 30 mars 1844. SIREY, 44, 2, 321. — Toulouse, 5 juin 1841. SIREY, 42, 2, 12. — Cass., 3 mai 1848. SIREY, 48, 1, 321. — Orléans, 7 fév. 1853. SIREY, 53, 2, 621. — Nancy, 15 juin 1857. SIREY, 58, 2, 86. — Cass., 28 janv. 1870. SIREY, 70, 1, 326. — 9 mars et 10 nov. 1871. SIREY, 72, 1, 94. — Grenoble, 26 avril 1872. SIREY, 72, 2, 276.

24. Comme ce principe est fondé sur la nature même des divers éléments qui entrent dans la constitution générale du délit, il est indépendant du caractère civil ou répressif de la juridiction devant laquelle la partie lésée porte son action. Elle ne peut se soustraire à la nécessité de prouver, suivant les règles ordinaires, le fait civil dont l'existence est présupposée par la perpétration du délit. Il n'y a d'action au criminel recevable de sa part que dans les matières susceptibles de la preuve testimoniale ; en d'autres termes, partout où la preuve par témoins est interdite, l'action criminelle ne doit pas être reçue (1).

25. Ce n'est pas que cette décomposition des éléments constitutifs du délit ait pour résultat de faire naître une question préjudicielle, en ce sens que la juridiction répressive, saisie d'une plainte en violation de dépôt, par exemple, doive renvoyer préalablement aux tribunaux civils la connaissance du fait civil de dépôt, et surseoir, en conséquence, à statuer sur le fait criminel de violation de dépôt, jusqu'à ce qu'il ait été jugé par le tribunal civil sur l'existence présupposée du dépôt.

Longtemps la Cour de cassation a jugé que les tribunaux civils pouvaient seuls connaître de l'exception qui résultait de la dénégation sèche du fait de dépôt (2). Et cette doctrine est appuyée de l'opinion de MM. Toullier (3) et Carnot (4). Ce dernier va même jusqu'à penser que le juge correctionnel ne peut invoquer le commencement de preuve écrite qui lui est présenté pour rendre la preuve testimoniale admissible.

La Cour de cassation reconnaissait, néanmoins, que la plainte et les actes de procédure au criminel n'étaient point

(1) MERLIN, Quest., v^is *Suppression de titres.* — TOULLIER, t. 9, n°s 145 et suiv.

(2) 12 messidor an XI, 20 fructidor an XII. — Voy. MERLIN, Quest., v^is *Suppression de titres.* — 5 déc. 1806. SIREY, 6, 1, 489. — 16 janv. 1808. SIREY, 8, 1, 223. — 21 mars 1811. SIREY, 11, 1, 192.

(3) T. 9, n° 148.

(4) Art. 408, C. p.

frappés de nullité; que les tribunaux correctionnels pouvaient apprécier les interrogatoires du prévenu pour y puiser un commencement de preuve par écrit, et que, dès lors, il n'y avait plus de question préjudicielle à renvoyer, ni de sursis à prononcer.

A plus forte raison, en était-il ainsi lorsque la partie lésée rapportait une preuve écrite ou l'aveu du prévenu touchant l'existence du fait civil (1).

Mais la Cour de cassation est revenue sur cette première jurisprudence. En 1813, elle crut devoir poser quelques règles sur la matière si délicate des questions préjudicielles. Elle les a consignées, d'un avis unanime et avec l'adhésion de M. Merlin, procureur général, dans une note rédigée, le 5 novembre 1813, par M. le président Barris (2). En voici un extrait : « Les tribunaux criminels peuvent et doivent connaître des contrats dont la violation rentre dans l'application de l'article 408, C. p. Lorsque l'existence du contrat est déniée devant eux par la partie qui est poursuivie à raison de la dite violation, les tribunaux doivent juger la question préjudicielle de l'existence du contrat, soit que le plaignant en rapporte l'acte, soit qu'il n'en rapporte qu'un commencement de preuve par écrit. Il est de principe que tout juge compétent pour statuer sur un procès dont il est saisi, l'est par là même pour statuer sur les questions qui s'élèvent incidemment dans ce procès, quoique d'ailleurs ces questions fussent hors de sa compétence, si elles lui étaient proposées principalement (L. 3, C. *De judiciis*. L. 1, C. *De ordine cognit.*). Il faut une disposition formelle de la loi pour ne pas faire une application de ce principe. La preuve du délit ne pouvant pas être séparée de celle de la convention, la compétence sur le délit qui forme l'action principale entraîne nécessairement la compétence sur le contrat, dont la

(1) MERLIN, TOULLIER, *ibid.*

(2) Voy. MORIN, *Dictionnaire de droit criminel*, v[is] *Question préjudicielle.*

dénégation n'est que l'exception à cette action. Les tribunaux criminels devant d'ailleurs prononcer sur les intérêts civils des parties, ils doivent avoir caractère pour juger le contrat auquel se rattachent ces intérêts civils. La compétence d'un tribunal ne peut dépendre des formes fixées par la loi pour la preuve de la demande. Si le contrat ne portait que sur un objet moindre de cent cinquante francs, la preuve pouvant, dans ce cas, en être faite par témoins, la juridiction criminelle serait évidemment compétente pour en connaître; elle doit avoir la même compétence dans le cas où à raison d'une plus grande importance dans l'objet du contrat, la preuve n'en peut être établie par témoins. La Cour de cassation a jugé constamment que les tribunaux correctionnels sont compétents pour prononcer sur l'existence du contrat dénié, par voie d'exception, lorsqu'il en est produit un commencement de preuve par écrit; elle a jugé que ces tribunaux ont le droit de déclarer que l'acte produit forme la preuve complète de ce contrat : le commencement de preuve par écrit est, en effet, comme l'acte constitutif de ce contrat, un acte écrit dont on doit apprécier le contexte, le sens et les conséquences. »

Depuis la rédaction de cette note, la Cour de cassation a constamment jugé d'après les principes qui y sont si judicieusement développés (1). C'est un point constant, et il ne nous reste plus qu'à en déduire les conséquences.

N'existe-t-il du fait civil ni preuve écrite, ni commencement de preuve par écrit qui rende la preuve testimoniale admissible? Le tribunal correctionnel doit déclarer, non son incompétence, mais l'acquittement du prévenu, à défaut de preuve.

Le contrat est-il dénié par le prévenu? Le tribunal doit décider la question préjudicielle de l'existence du fait civil, si le plaignant en rapporte l'acte instrumentaire; il doit apprécier

(1) Voy. Arrêts, 31 juill. 1812, 5 mai 1815, 26 sept. 1823, 25 juin 1830, 1er sept. 1832. — *Conf.*, MERLIN, Rép., v° *Dépôt*. — MANGIN, *Act. publ.*, t. 1, n°s 173 et 174.

cet écrit sous le rapport de sa force probante à l'égard de la convention, et de ses conséquences à l'égard du délit.

Le juge peut apprécier tous les éléments de l'instruction et notamment les interrogatoires du prévenu, pour y trouver un commencement de preuve écrite qui autorise l'admission de la preuve testimoniale.

Dans le débat devant le tribunal correctionnel, comme l'ordre énoncé dans l'article 190 n'est pas prescrit à peine de nullité, le juge peut commencer par interroger le prévenu, afin d'obtenir, soit un aveu, soit un commencement de preuve écrite. Nul doute qu'il ne doive être ensuite tenu, dans ce cas, note des dépositions des témoins sur le fait civil, puisque ces dépositions peuvent servir à compléter le commencement de preuve littérale.

Que si le juge réservait pour la fin du débat l'interrogatoire du prévenu, bien qu'il puisse produire un aveu ou un commencement de preuve par écrit, cependant il ne devrait point être tenu note, à tout événement, des dépositions des témoins sur le fait civil, parce que cette preuve testimoniale est inadmissible au moment où on la reçoit (1). Mais on pourrait, si l'interrogatoire produisait quelque aveu établissant un commencement de preuve écrite, demander une prorogation d'instruction.

Cependant, si le prévenu ne s'y est point opposé, comme l'inadmissibilité de la preuve testimoniale ne produit qu'une exception facultative en sa faveur, il suffit, pour mettre le jugement à l'abri de cassation, qu'il résulte plus tard de l'instruction un commencement de preuve écrite qui légitime l'admission de la preuve testimoniale antérieurement acquise. Peu importe l'ordre dans lequel les preuves ont été recueillies, du moment que le prévenu ne s'est point opposé à ce que des témoins fussent entendus avant la production d'un commencement de preuve écrite, et qu'en définitive la preuve testimoniale n'est

(1) MANGIN, *Act. publ.*, t. 1, nº 170.

appréciée que sur ce commencement de preuve produit postérieurement par l'instruction (1).

Mais si le prévenu s'était opposé à toute audition préalable de témoins sur le fait civil, comme sa demande est fondée sur les principes consacrés par l'article 1341, elle devrait être accueillie par les tribunaux correctionnels, et il y aurait lieu à cassation du jugement en dernier ressort qui n'y aurait pas fait droit.

Toutefois, si le prévenu avait négligé de se pourvoir contre ce jugement, et que, plus tard, un commencement de preuve par écrit fût rapporté dans le débat, la condamnation intervenue au fond serait inattaquable. Elle se justifie, en effet, par le commencement de preuve par écrit qui lui a servi de base, conjointement avec la preuve testimoniale acquise contre lui, en exécution d'un jugement passé en force de chose jugée (2).

Enfin, si le fait civil est de telle nature que la preuve testimoniale soit immédiatement admissible, parce qu'il constitue une affaire commerciale; parce qu'il s'agit d'un dépôt nécessaire ou toute autre convention dont il n'a pas été possible de se procurer une preuve littérale; parce que l'acte instrumentaire a péri par cas fortuit et de force majeure; parce que, en un mot, on se trouve dans l'une des exceptions posées par l'article 1348, ou qu'enfin la valeur de l'objet n'éxcède pas cent cinquante francs, le juge correctionnel peut alors admettre la preuve testimoniale indistinctement sur le fait civil et sur le fait criminel, dont le concours est indispensable pour constituer légalement le délit. Dans ce cas, les principes de la loi civile, sur l'admissibilité de la preuve testimoniale et des présomptions ordinaires, ne diffèrent point de ceux de la loi criminelle.

26. Voilà pour la partie lésée, quant à l'action en dommages et intérêts qu'elle exerce, soit devant les tribunaux civils, soit devant la juridiction répressive. Mais il semble, au premier

(1) Note de M. Barris, du 5 nov. 1813.
(2) Voy. note de M. Barris.

abord, que les mêmes règles ne doivent point s'appliquer au ministère public agissant dans un intérêt de vindicte sociale. On peut dire, en ce qui le concerne, qu'en principe la preuve par témoins est admissible dans toute action pénale; que la loi ne fait expressément aucune distinction entre les délits simples et les délits complexes, dont la perpétration suppose l'existence d'un fait civil antérieur; que le ministère public est, à l'égard de ce fait civil, un tiers qui a été dans l'impossibilité de s'en procurer une preuve littérale; que la loi civile prohibe, dans certains cas, la preuve testimoniale par défiance envers les témoignages produits par la partie privée, et par crainte de la subornation de témoins; mais que ces défiances et ces soupçons ne sauraient atteindre le ministère public dans la haute sphère où il est placé; qu'en l'astreignant lui-même à fournir les mêmes preuves que la partie lésée, on paralyse son action, dans la plupart des cas, par le défaut de preuve écrite, ou par suite des fraudes et des collusions concertées; qu'il suffirait, pour faire la part des prescriptions de la loi civile, de décider que la partie privée ne pourra jamais, et sous aucun prétexte, profiter, dans son intérêt particulier, de l'action publique intentée, au nom de la société, devant les tribunaux de répression.

Quelle que soit la valeur de ces considérations de droit criminel, la jurisprudence et la doctrine semblent aujourd'hui fixées dans un sens contraire. Elles assimilent le ministère public à la partie lésée, quant au mode de preuve légalement admissible sur l'existence du fait civil qui constitue le premier élément du délit.

Ainsi, en ce qui touche le faux serment, il n'y a aucune distinction à établir entre l'action civile et l'action publique (1).

(1) MERLIN, Rép., v° *Serment*, § 2, art. 2. — TOULLIER, t. 10, n° 388. — LEGRAVEREND, t. 1, p. 41. — MANGIN, *Act. publ.*, t. 1, n° 173. — CHAUVEAU et HÉLIE, *C. pén.*, t. 6, p. 479. — DUVERGER, *Manuel du juge d'instruction*, t. 1, n° 53. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 744, 1re édit., et t. 8, p. 346, 4e édit. — CARNOT, *C. pén.*, t, 2, p. 196. — *Contrà*, BOURGUIGNON, art. 366, C. p. — RAUTER, *Droit criminel*, t. 2, p. 500. — DURANTON, t. 13, n° 600.

Après avoir hésité un instant, en 1834 (1), la Cour de cassation est revenue définitivement à son ancienne jurisprudence (2).

Nous nous bornons à reproduire les motifs de son arrêt du 16 août 1844, par lequel elle a signalé ce retour. « Si les faits criminels peuvent être prouvés par des dépositions de témoins et par tout autre moyen de conviction étranger à la preuve qui résulte des actes civils, il n'en est pas de même des faits civils régis par la loi civile, et dont la preuve a été assujettie par elle à la production d'un écrit qui les constate. A l'égard de ces faits, la loi qui détermine le genre de preuve qui peut être admis, étend son empire sur la procédure criminelle, comme sur la procédure civile; elle doit être respectée et observée par les juges criminels, même dans le cas où le fait régi par la loi civile, se liant par des rapports nécessaires et absolus au fait puni par la loi criminelle, la preuve du fait correctionnel ne peut être établie que par celle du fait civil, et doit en être la conséquence. Ce principe est indistinctement applicable au ministère public et à la partie privée. »

Les mêmes règles s'appliquent aux délits d'abus de blanc-seing (3) ou d'abus de confiance (4), tels que violation de dépôt ou destruction de titre volontairement remis (5).

27. Du reste, le ministère public peut invoquer les mêmes exceptions que la partie privée.

(1) 21 août 1834. Sirey, 35, 1, 119.

(2) 5 sept, 1812. Sirey, 13, 1, 158. — 17 juin 1813. Sirey, 13, 1, 439. — 16 août 1844. Sirey, 44, 1, 714. — 29 mars 1845. Sirey, 45, 1, 397. — 25 avril 1845. Sirey, 45, 1, 480. — 13 nov. 1847. Sirey, 48, 1, 80. – 17 juin 1852. Sirey, 53, 1, 41. — 22 mars 1878. Sirey, 79, 1, 233.

(3) Zachariæ, t. 5, p. 744, 1re édit., et t. 8, p. 347, 4e édit. — Cass., 5 mai 1831. Sirey, 31, 1, 188. — 30 juill. 1846. Sirey, 46, 1, 757.

(4) Toullier, t. 9, nos 145 et suiv. — Merlin, Quest., vis *Suppression de titre*, § 1. – Zachariæ, *ibid.* — Bonnier, no 95. — Troplong, *Dépôt*, no 47. — Cass., 5 déc. 1806. Sirey, 6, 1, 489. — 10 avril 1819. Sirey, 19, 1, 321. — 20 avril 1844. Sirey, 44, 1, 848. — 12 août 1848. Sirey, 49, 1, 298.

(5) Cass., 23 sept. 1853. Sirey, 54, 1, 213.

Ainsi, en matière de faux serment, soit supplétif, soit décisoire, la preuve testimoniale sera parfaitement admissible si le serment a été prêté sur l'existence d'un délit ou quasi-délit, ou sur chose n'excédant pas la valeur de cent cinquante francs, c'est-à-dire sur un fait qui peut être établi par témoins (1), ou bien encore s'il existe un commencement de preuve par écrit, résultant, par exemple, des interrogatoires du prévenu, et qui rende vraisemblable le fait civil présupposé (2).

De même, en matière d'abus de confiance, la preuve par témoins sera indistinctement recevable de la part du ministère public sur le fait civil et sur le fait criminel, s'il s'agit d'un acte commercial, d'un dépôt n'excédant pas cent cinquante francs, d'un dépôt nécessaire, ou qui a été provoqué par dol et fraude de la part du dépositaire (3), ou bien enfin pour lequel il existe une preuve écrite, un aveu du prévenu ou un commencement de preuve par écrit (4).

La preuve testimoniale de l'abus de blanc-seing sera pareillement admissible, s'il existe un commencement de preuve par écrit du fait de la remise du blanc-seing. Et ce commencement de preuve littérale peut résulter de l'aveu fait par le prévenu qu'il a, en effet, reçu la signature en blanc (5).

Le ministère public peut encore invoquer la preuve testimoniale, s'il établit que le titre qui servait de preuve par écrit a été détruit ou perdu par suite d'un cas fortuit ou de force

(1) Cass., 20 janv. 1843. Sirey, 43, 1, 659. — 12 déc. 1878. Sirey, 80, 1, 236.

(2) Cass., 21 janv. 1843. Sirey, 43, 1, 660.

(3) Cass., 14 juill. 1843. Sirey, 43, 1, 806. — 12 nov. 1863. — 22 avril 1864. Sirey, 64, 1, 244.

(4) Cass., 12 messidor an XI, 20 fructidor an XII. — Voy. Merlin, Quest., v^is *Suppression de titre*. — Cass., 5 mai 1815. Sirey, 15, 1, 228. — 20 sept. 1823. Sirey, 24, 1, 127. — 22 avril 1854. Sirey, 54, 1, 491. — 18 août 1854. Sirey, 54, 1, 655. — 9 juillet 1857. Sirey, 58, 1, 249.

(5) Cass., 30 juill. 1846. Sirey, 46, 1, 757. — Voy. encore Cass., 26 sept. 1861. Sirey, 62, 1, 223.

majeure, ou d'une fraude concertée plus tard entre les parties privées, en vue de soustraire le coupable aux poursuites criminelles.

Supposons que le faux serment prêté sur l'existence d'une obligation civile, ne l'ait été que par suite d'une collusion frauduleuse concertée entre le demandeur et le défendeur, au préjudice des créanciers de celui qui a déféré le serment. Ces derniers pourraient, sans aucun doute, établir par témoins la simulation et la fraude. De même, le ministère public, agissant au point de vue de leurs intérêts fraudés, pourra prouver par témoins l'existence du fait civil présupposé par le délit de faux serment. Il agit comme agiraient les tiers créanciers.

Il y a mieux : Sur le débat engagé au civil entre les parties privées, il a été décidé que l'obligation alléguée ne pouvait être établie par témoins ; le serment décisoire est, en conséquence, déféré. Le ministère public, poursuivant ensuite pour faux serment, pourra, sans qu'on puisse lui opposer l'autorité de la chose jugée au civil, faire reconnaître au criminel que l'obligation est de nature à être prouvée par témoins, et établir conséquemment, par la preuve testimoniale, les deux éléments constitutifs du faux serment, le fait civil et le fait criminel.

Il a été jugé au civil que tel acte ne formait pas un commencement de preuve par écrit capable d'autoriser l'admission de la preuve testimoniale. Le ministère public pourra, sans qu'on puisse lui opposer cette première décision, faire décider au criminel que cet acte contient un commencement de preuve par écrit.

Depuis le jugement du procès civil, il s'est produit ou révélé soit une preuve écrite, soit un commencement de preuve de cette nature, que le prétendu créancier n'a point invoqué, soit par erreur, par négligence ou par toute autre cause. Le ministère public sera fondé, dans l'instance criminelle, à se prévaloir de ces éléments de preuve antérieurs ou postérieurs à l'instance civile.

On peut comprendre par là que si le ministère public doit

être assimilé à la partie privée, en ce qui concerne la preuve légalement admissible quant à l'existence du fait civil que présuppose la perpétration de certains délits, cette assimilation ne va pas au delà de ce point spécial, et que, sous les autres rapports, le ministère public conserve une situation indépendante, dont le caractère est en harmonie avec la nature de l'action qu'il est chargé d'exercer.

§ 2.

28. L'exception de l'article 1348 s'applique encore aux dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte, ou naufrage, et à ceux faits par les voyageurs en logeant dans une hôtellerie ; le tout, suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait (1348).

Ce rapprochement, dans la même disposition, des cas de naufrage, d'incendie..., de celui de logement dans une hôtellerie, présente quelque chose de singulier et de forcé. Il y a, en effet, entre eux une différence sensible, et, comme le faisait judicieusement remarquer M. le Premier Président Lamoignon, dans la discussion de l'ordonnance de 1667, la preuve est bien plus privilégiée en toutes façons, dans les cas d'incendie et de naufrage. Aussi, sur ces observations, l'article 3 du projet se dédoubla, et la partie relative aux dépôts faits dans les hôtelleries devint l'objet d'un article séparé, l'article 4 (1).

La rédaction de notre article semblerait donc plus exacte, si, au lieu de mêler le cas de logement dans une hôtellerie à ceux de naufrage, d'incendie..., il avait terminé le second paragraphe par les cas généraux d'accidents imprévus, comme avait fait l'ordonnance de 1667.

Cependant, cette rédaction peut se justifier par une bonne raison. Le second paragraphe, dont nous traitons ici, ne s'occupe que des cas de dépôt nécessaire. Il les réunit tous dans

(1) Voy. le procès-verbal de l'Ordonn. de 1667, p. 216.

une disposition commune, quelque différence qu'il y ait dans les faits qui en ont été l'occasion. Le troisième paragraphe, au contraire, s'occupe de toutes les obligations en général qui sont contractées en cas d'accidents imprévus, tandis que l'article 3 de l'ordonnance semblait, au moins par sa rédaction, n'admettre la preuve testimoniale que pour les seuls dépôts faits en cas d'accidents imprévus, et exclure ainsi ce genre de preuve pour les engagements d'une autre nature. A ce point de vue, l'article 1348 est rédigé d'une manière plus exacte et plus complète.

29. Nous ne ferons aucune observation sur les cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage. Il est évident que, au milieu de semblables événements, on ne songe pas à retirer une reconnaissance des dépôts que l'on fait entre les mains des tiers, et que, en eût-on la pensée, on n'en a pas le moyen. Ni le temps, ni le lieu ne permettent de délibérer; *locus vel tempus, non patitur plenius deliberandi consilium* (1). Le dépôt fait en pareils accidents est nécessaire, parce que, dit Ulpien, il a pour cause la nécessité et non la volonté; *continet causam fortuitam depositionis ex necessitate descendentem, non ex voluntate proficiscentem* (2).

Mais, si la preuve par témoins peut être reçue pour le dépôt nécessaire, même quand il s'agit d'une valeur au-dessus de cent cinquante francs (1950), il faut commencer par prouver le cas misérable qui a donné lieu au dépôt allégué.

30. Quant aux dépôts faits dans les auberges et hôtelleries, il est encore manifeste qu'il n'est pas possible d'en retirer une preuve écrite. Une impossibilité pratique s'y oppose.

Mais remarquons à quelles conditions le dépôt qui y est fait est réputé nécessaire : Il doit être fait par les voyageurs en logeant, soit pour y prendre leur gîte ou leur nourriture. Le

(1) L. 1, *ff. De exercit. act.*
(2) L. 1, § 2, *ff. Deposit.*

dépôt ne serait donc plus nécessaire, s'il avait été fait, par des personnes qui n'eussent point pris leur logement dans l'auberge ou l'hôtellerie.

Ce mot, voyageurs, dont se sert l'article 1348, ne veut pas dire que, pour faire réputer le dépôt nécessaire, la personne qui l'effectue en logeant dans l'hôtellerie, soit en voyage, et réellement absente du lieu de son domicile. Tels sont, sans doute, la plupart de ceux qui s'arrêtent dans les auberges et hôtelleries. Mais il suffit, pour que le dépôt soit considéré comme nécessaire, que l'on y prenne logement, pour sa seule nourriture, par exemple, quand bien même on serait domicilié.

31. L'ordonnance de 1667 semblait exiger, pour que la preuve testimoniale fût admissible, que le dépôt eût été fait entre les mains de l'hôte ou de l'hôtesse. La suppression de ces mots dans la rédaction de l'article 1348 ne permet pas de douter que le dépôt ne puisse être également prouvé par témoins, dans le cas où, au lieu d'être fait entre les mains de l'hôte ou de l'hôtesse, il l'aurait été entre les mains des domestiques et préposés. Il suffit même que les objets aient été portés dans l'hôtellerie pour que, à ce moment, le dépôt soit fait et la responsabilité de l'aubergiste engagée. Tel était notre ancien droit, conforme, au surplus, à la loi romaine (1). L'article 1952 ne laisse lui-même aucun doute sur ce point. Le dépôt des effets apportés par le voyageur, logeant dans l'auberge ou l'hôtellerie, est régardé comme un dépôt nécessaire (2).

32. Mais les juges ne sont point tenus d'admettre la preuve testimoniale. Ils n'en doivent accueillir l'offre que suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait. Ce pouvoir d'appréciation ne s'étend pas seulement à la valeur et à l'im-

(1) L. 1, § 8, *ff. Nantæ, caup. stabull.* — MAYNARD, liv. 3, ch. 82 et 83. — LEPRÊTRE, *Centurie,* ch. 19. — JOUSSE, Ordonn. de 1667, tit. 20, art. 4.

(2) TOULLIER, t. 9, n° 202.

portance prétendues du dépôt (1), mais encore à son existence même. Si la qualité de la personne et les circonstances du fait fournissent des présomptions suffisantes de la non existence du dépôt allégué, ils peuvent, usant du pouvoir discrétionnaire qui leur est remis, rejeter la preuve testimoniale offerte. Ce droit des tribunaux est une garantie pour les prétendus dépositaires contre les allégations mensongères et les manœuvres frauduleuses de fripons et d'escrocs qui pourraient tirer parti d'un accident fortuit ou de leur entrée dans une auberge, pour exercer des réclamations injustes.

33. Il y a sans doute entre le cas d'incendie, par exemple, et celui de logement dans une hôtellerie, une grande différence. Car, ainsi que le disait plaisamment M. le Premier Président Lamoignon, on ne s'avise pas de brûler sa maison pour avoir sujet d'intenter un procès (2). Mais on peut très bien exploiter uu événement de cette nature comme tout autre, en prétendant qu'il a été l'occasion d'un dépôt nécessaire qu'on offre de prouver par témoins. Pour être moins fréquent, ce danger ne laisse pas d'être réel et sérieux ; et les juges ont toujours le pouvoir de rejeter les offres de preuve, suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait, quelques pertinents, concluants et admissibles que soient, en apparence, les faits offerts en preuve.

34. Les restaurants, cafés, billards, garnis, bains publics, sont, comme les auberges et les hôtelleries, des lieux où s'effectuent des dépôts nécessaires. Les raisons de confiance forcée sont ici exactement les mêmes. La nature même des choses répugne à ce qu'on puisse exiger de celui qui entre

(1) Voy. art. 1150, n° 8 et suiv. — Cass., 2 août 1864. SIREY, 64, 1, 461.
(2) Voy. procès-verbal, pag. 218.

dans de pareils établissements, qu'il retire un acte écrit constatant le dépôt qu'il est obligé d'y faire (1).

35. Les voituriers par terre et par eau sont assujettis, pour la garde et la conservation des choses qui leur sont confiées, aux mêmes obligations que les aubergistes (1782). Ils répondent, non-seulement de ce qu'ils ont déjà reçu dans leur bâtiment ou voiture, mais encore de ce qui leur a été remis sur le port ou dans l'entrepôt, pour être placé dans leur bâtiment ou voiture (1783).

Mais il y a cette différence entre eux et les aubergistes, que le dépôt fait entre leurs mains n'est assimilé au dépôt nécessaire qu'en ce qui concerne la garde et la conservation des objets, ainsi que la responsabilité du dépositaire. Quant à la preuve, il diffère du dépôt nécessaire proprement dit, en ce que la preuve testimoniale n'en est pas admissible lorsque le contrat de transport a eu lieu avec un simple particulier qui ne fait pas de ce genre d'opérations l'exercice d'une industrie commerciale (2). Rien n'empêche, en effet, d'en retirer une preuve littérale.

Mais si le transport constitue de la part du voiturier ou messagiste une opération de commerce, la preuve par témoins est admissible (3), quand même l'opération ne serait pas réciproquement commerciale de la part de l'expéditeur, et ne fût, de son côté qu'un acte civil (4).

36. En cas de dépôt nécessaire entre les mains d'un aubergiste, la responsabilité du dépositaire, en la qualité à laquelle elle est attachée, ne cesse pas lorsque le déposant, au mo-

(1) MERLIN, Quest., v[is] *Dépôt nécessaire*. — TROPLONG, *Dépôt*, n[os] 228 et 229.

(2) DURANTON, t. 17, n° 242. — DUVERGIER, t. 2, n° 321. — ZACHARIÆ, t. 3, p. 41, et t. 5, p. 745, 1[re] édit., et t. 4, p. 520, et t. 8, p. 348, 4[e] édit. — TROPLONG, *Louage*, n° 908.

(3) ZACHARIÆ, TROPLONG, *ibid.*

(4) *Contrà*, TROPLONG, *ibid.*

ment de sa sortie de l'auberge, délaisse et abandonne par mégarde ou oubli les choses par lui apportées. Il en résulte une continuation du dépôt nécessaire, avec les obligations particulières qui en dérivent. Le déposant est alors admis à établir contre le prétendu dépositaire des faits de soustraction et de détournement, soit de sa part, soit de la part de personnes dont il répond, suivant le droit commun ; ou des faits de négligence, d'incurie, ou de déplacement des objets déposés, toutes circonstances qui ont pu causer la méprise ou l'oubli du demandeur (1) ; il est hors de doute que la preuve testimoniale en est admissible.

37. L'exception de l'article 1348 ne s'applique point aux remises de titres et de pièces confiés à un huissier, à un avoué ou autre officier public. Quelque nécessité qu'il y ait à faire ces remises, elle ne constituent point un dépôt nécessaire dont il soit impossible de se procurer une preuve écrite (2).

38. Rodier (3) assimile au dépôt nécessaire la remise qui est faite de certains objets se rattachant à leur art ou industrie, par exemple, à un joaillier, à un tailleur et autres artistes ou ouvriers. Il lui paraît plus raisonnable de regarder ce cas comme un dépôt quasi-nécessaire et mixte, parce qu'ils exercent un commerce public, qu'on est obligé de se servir de leur ministère, et que c'est sur la foi publique qu'on leur confie les matières qu'ils doivent travailler. Il ne doute pas enfin que, en pareil cas, on n'en pût recevoir la preuve vocale, suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait.

Nous en doutons, au contraire, beaucoup ; car, quelles que soient leurs obligations comme dépositaires, il faut, avant tout, prouver la remise. Or, il n'est pas impossible d'en retirer une

(1) MERLIN, *ibid.* — Cass., 4 juill. 1814. MERLIN, *ibid.*

(2) JOUSSE, Ordonn. de 1667, tit. 20, art. 2. — Bordeaux, 18 août 1837, et l'arrêt de rejet du 6 nov. 1838. SIREY, 38, 1, 892. — *Contrà*, DURANTON, t. 13, n° 316.

(3) Ordonn. de 1667, tit. 20, art. 4, *Quest.* 3.

preuve écrite, et l'on ne saurait, sous ce rapport, assimiler ces remises faites à titre de louage aux dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ou de naufrage, ou en logeant dans une hôtellerie. Nous ne faisons donc aucune exception en leur faveur, à moins qu'elles ne constituent, outre un fait d'art et d'industrie, un véritable acte de commerce. Mais ce sera à ce titre seulement que la preuve testimoniale sera admissible.

§ 3.

39. Quant aux obligations contractées en cas d'accidents imprévus où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit, nous n'avons que de très courtes observations à présenter.

La première, c'est que l'exception s'applique à toute espèce d'obligations, et que, à cet égard, elle est plus étendue que celle du paragraphe précédent, qui ne concerne que les dépôts nécessaires ;

La seconde, que tel doit être l'accident imprévu, qu'il ait été impossible de se procurer une preuve littérale. C'est là la condition essentielle à laquelle l'exception est subordonnée.

On comprend, dès lors, que les juges aient un pouvoir très étendu d'appréciation ; et si, en cas de dépôt nécessaire, ils ne doivent admettre la preuve testimoniale que suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait, à plus forte raison doivent-ils agir ainsi lorsqu'il s'agit d'obligations contractées en cas d'accidents imprévus (1).

Il serait facile d'en multiplier les exemples. Nous nous bornerons à en citer quelques-uns. Subitement atteint de maladie hors de mon domicile, on me transporte dans une maison où je dépose l'argent dont je suis porteur. Je rencontre sur la route une personne de ma connaissance que des voleurs viennent de dépouiller ; je lui prête de l'argent pour continuer son

(1) DURANTON, t. 13, n° 367.

voyage. Un père de famille est conduit en prison pour dettes; je paye les recors à l'instant même (1).

§ 4.

40. Une dernière exception existe enfin au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure (1348).

La preuve testimoniale est alors admissible, parce qu'on ne peut reprocher au créancier d'avoir manqué aux prescriptions de la loi. Loin de là, il y avait complètement satisfait en retirant une preuve littérale qu'il a perdue plus tard (2).

Mais l'admission de la preuve par témoins est subordonnée à l'administration d'une double preuve, 1° du cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure; 2° de la perte du titre par suite de ce cas fortuit. Ce n'est qu'après cette double preuve faite et rapportée que la preuve testimoniale peut être légalement admise.

41. Le premier point à prouver, c'est le cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure (3). Les expressions dont se sert la loi pour caractériser l'événement qui a causé la perte du titre, indiquent elles-mêmes quelle doit en être la nature. Il doit être indépendant de la volonté et des prévisions du créancier, et être exempt de tout mélange de faute ou de négligence de sa part. Tels sont les cas d'incendie, d'inondation, de naufrage, de vol, d'extorsion, de lacération (4), de substitution par violence ou surprise (5).

(1) Voy. Duranton, *ibid.* — Toullier, t. 9, n° 199. — Boncenne, t. 4, p. 193. — Voy. Cass., 31 déc. 1874. Sirey, 75, 1, 238.

(2) Boiceau, p. 1, ch. 15.

(3) Rousseaud de Lacombe, v° *Preuve*, § 1, n° 6. — Pothier, *Oblig.*, n° 781. — Toullier, t. 9, n°s 206 et suiv. — Merlin, Quest., v° *Preuve*, § 7.

(4) Cass., 15 mai 1834. Sirey, 34, 1, 573.

(5) Cass., 14 juill. 1843. Sirey, 43, 1, 806.

Ainsi, le créancier est recevable à prouver, même par la voie criminelle, la soustraction de son titre entre les mains du dépositaire auquel il l'avait confié (1).

Autre cas où la preuve de la perte est également admissible : Je poursuis le payement d'une somme de... Le prétendu débiteur répond que, en effet, il m'a dû cette somme, mais qu'il me l'a payée ; et, pour preuve, il allègue la remise du titre qu'il aurait ensuite détruit comme inutile. Je suis parfaitement fondé à établir qu'il n'a été mis en possession de l'acte instrumentaire que par suite d'une soustraction frauduleuse ou d'un cas fortuit. En vain opposerait-il l'indivisibilité de son aveu, qui embrasse la reconnaissance de la dette et la déclaration d'un payement. Comme la preuve testimoniale est admissible, je ne suis pas lié par son aveu, et me trouve en dehors de l'application des principes relatifs à cette indivisibilité prétendue. Je puis donc établir le fait de soustraction contre le débiteur qui allègue une remise volontaire, et prouver, par suite, l'existence et la non extinction de la dette (2). Je pourrai de même établir que la remise prétendue n'est que le résultat d'une méprise (3), ou bien encore qu'un autre titre a été frauduleusement et dolosivement substitué à l'autre, qui avait été remis pour être immédiatement converti en un autre de même valeur (4).

Un débiteur se fait donner quittance sur la grosse du titre. Mais le créancier auquel il est encore dû quelque chose supprime la grosse sur laquelle les à-comptes sont portés, et, surprenant la religion du juge, il s'en fait délivrer une seconde. Le débiteur pourra établir cette suppression, qui est indépendante de son fait, et par suite sa libération.

42. Mais il ne suffirait pas que le créancier alléguât la perte

(1) Cass., 2 avril 1834. Sirey, 35, 1, 699.
(2) Cass., 18 mars 1844. Sirey, 45, 1, 40.
(3) Cass., 5 mars 1835. Dalloz, 35, 1, 197.
(4) Cass., 14 juill. 1843. Sirey, 43, 1, 806.

de son titre, en disant simplement qu'il s'est égaré à son domicile, au bureau d'enregistrement, n'importe où, ajoutant d'ailleurs qu'il a été vu par plusieurs personnes qui en ont lu le contenu, et reconnu l'écriture et la signature du souscripteur. S'il suffisait, en effet, d'alléguer un cas quelconque de perte pour être admis à la preuve testimoniale, rien ne serait plus aisé que d'éluder les dispositions de l'article 1341. Car il ne serait pas plus difficile de faire déposer des témoins subornés sur le fait de la perte du titre et de son existence antérieure, que sur le fait de la convention même, si la preuve testimoniale était admissible.

La nécessité contraint cependant la loi. Si le titre s'est perdu par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure, comme alors aucune négligence ne peut être reprochée au créancier, et qu'il a été impossible d'avoir une preuve écrite du fait allégué, la preuve testimoniale est nécessairement admissible, à moins qu'on ne veuille exiger l'impossible de la personne qui l'invoque comme la seule preuve qui soit à sa disposition. Mais, pour être fondée sur les raisons les plus puissantes de justice et d'équité, cette admission de la preuve testimoniale n'en est pas moins, dans ce cas, une exception qui doit être strictement renfermée dans les termes de l'article 1348.

La loi romaine (1) contient une disposition semblable. Justinien suppose la perte du titre arrivée par le cas fortuit d'un incendie, d'un naufrage ou de tout autre événement accidentel. Alors il autorise ceux qui ont éprouvé cette perte à prouver l'obligation par témoins, mais à la charge par eux d'établir la cause de la perte, *causam peremptionis probantibus*.

L'article 1348 ne dit pas expressément que cette preuve du cas fortuit doit préalablement être faite. Mais cette nécessité résulte de la nature même de ses dispositions. En effet, la preuve de l'obligation n'étant admissible que parce que la perte

(1) L. 18, C. *De testibus*.

du titre a eu lieu par cas fortuit, il faut établir l'événement qui place le créancier dans un cas où la preuve testimoniale est exceptionnellement admissible. L'admission de cette preuve étant l'effet, il faut en établir préalablement la cause; en un mot, il faut justifier l'exception invoquée.

S'agit-il d'un naufrage, d'un incendie, d'une inondation, d'un pillage, d'une invasion de brigands, d'un dégât causé par des animaux? Que l'on commence donc par établir tous ces cas fortuits et de force majeure, s'ils ne sont avoués et reconnus. Ce ne sera qu'en conséquence de cette preuve faite, et aussi de la preuve de la perte ou destruction du titre, que la preuve testimoniale de l'obligation sera devenue admissible. Jusque-là l'exception n'est pas justifiée (1).

Cette preuve à faire comporte elle-même la nécessité d'établir précisément le cas fortuit allégué. Il faut démontrer par quel accident l'acte instrumentaire a été perdu ou a péri. On doit donc repousser comme moyen indirect d'éluder les prohibitions de la loi, toute allégation d'un cas de perte quelconque, sans caractère précis, vague, indéterminé, comme l'est, de sa nature, le cas de perte dans son domicile, au bureau des hypothèques ou de l'enregistrement, dans le cabinet d'un avoué, d'un avocat, ou même dans un déménagement ordinaire. Ce n'est pas là le cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure dont parle l'article 1348. Ce n'est pas non plus l'accident déterminé, particulier dont le bon sens et la raison demandent avant tout la preuve précise (2); mais il reste en même temps évident que le demandeur pourra toujours, avec l'appui d'un commencement de preuve écrite, établir par témoins la preuve de l'obligation dont il a perdu ou égaré le titre originaire, en dehors de tout cas fortuit ou de force

(1) Boiceau, p. 1, ch. 10, nos 9 et suiv., et ch. 15. — Rousseaud de Lacombe, v° *Preuve*, § 1, n° 6. — Pothier, *Oblig.*, n° 781. — Boncenne, t. 4, p. 196. — Merlin, Quest., v° *Preuve*, § 7.

(2) Orléans, 13 déc. 1862. Sirey, 63, 2, 73. — Douai, 4 août 1871. Sirey, 71, 2, 248.

majeure. Il retombe alors sous l'application des termes généraux de l'article 1347 qui ne distingue pas si, dans le principe, il a été rédigé ou non un titre écrit, et si ce titre a été ensuite perdu, même par la faute du demandeur (1).

43. Si la perte du titre présupposait elle-même l'intervention d'un fait juridique entre le créancier et le tiers auquel la destruction ou suppression du titre est imputée, la preuve testimoniale n'en serait admissible que dans le cas où le fait juridique dont l'existence est présupposée, serait lui-même susceptible de ce genre de preuve.

Je prétends, par exemple, que mon titre a été supprimé, détruit par telle personne à qui je l'avais confié à titre de mandat ou de dépôt. Je dois commencer par établir, suivant les règles ordinaires, l'existence de ce mandat ou de ce dépôt, s'ils sont déniés, parce qu'elle est préalable à la perte ou suppression du titre que j'allègue. Or, la preuve testimoniale n'en étant pas admissible, elle ne le sera pas non plus en ce qui concerne la perte ou la suppression du titre. Je ne serai point, conséquemment, admis à prouver contre le prétendu débiteur, seulement à l'aide de témoins, la perte du titre, ni, par suite, l'existence de la créance alléguée. Autrement, l'admission de la preuve testimoniale autoriserait indirectement une double fraude à la loi; d'abord, en ce que l'on pourrait établir par témoins, à l'égard d'un tiers, l'existence d'un mandat ou d'un dépôt, et, en second lieu, à l'égard du prétendu débiteur, un fait juridique dont la loi prohibe, en principe, la preuve testimoniale (2).

Mais si le mandat ou le dépôt dont la perte ou la suppression du titre présuppose l'existence, étaient légalement établis, soit par un acte régulier, par l'aveu fait sans fraude, du mandataire ou du dépositaire, soit par témoins dans le cas où la

(1) Cass., 18 août 1873. Sirey, 1874, 1, 213, qui casse l'arrêt ci-dessus de la Cour de Douai.

(2) Zachariæ, t. 5, p. 754, 1re édit., et t. 8, p. 357, 4e édit.

preuve testimoniale est exceptionnellement admise, le créancier serait recevable à établir par ce genre de preuve la perte ou la suppression de son titre. Car, si le contrat préalable dont l'existence est présupposée, est un fait volontaire et libre de sa part, les faits de perte et de suppression prennent, après ce premier point établi, le caractère d'accident fortuit, imprévu, résultant d'une force majeure, sans mélange d'aucune faute ni négligence qui soit imputable au créancier, contre la volonté et les prévisions duquel ils se sont accomplis.

Il n'est pas douteux, du reste, que si la remise ou le dépôt avaient été faits par un tiers, le demandeur qui n'a pu s'en procurer une preuve littérale, devrait être admis à établir par témoins et présomptions la destruction du titre qu'il allègue (1).

11. La preuve de l'événement fortuit se confond souvent avec celle de la perte du titre. Quand je prouve que mon acte a été extorqué par violence ou lacéré par surprise, dans une communication de confiance, j'administre du même coup et d'une manière indivisible la double preuve dont je suis tenu.

Quelquefois la preuve du cas fortuit, sans se confondre avec celle de la perte du titre, fournit, sur ce dernier point, des présomptions plus ou moins considérables que le juge est appelé à apprécier. J'établis qu'un incendie a dévoré ma maison avec tout ce qu'elle contenait. Il y a une grande présomption que mon titre y a péri, quoiqu'il soit possible, après tout, qu'il ait échappé au sinistre, parce qu'il ne se trouvait pas dans les bâtiments incendiés.

Mais cette présomption sera moins forte si mes papiers ont été épargnés ou sauvés en partie; si les progrès du feu m'ont permis d'aviser au salut de quelques objets; si j'avais l'habitude de mettre mes titres de créance en dépôt chez un tiers; enfin, suivant toutes les circonstances dont l'appréciation est

(1) Cass., 10 mars 1875. Sirey, 75, 1, 172.

abandonnée aux juges. La preuve du cas fortuit étant une fois administrée, ils devront exiger, quant à la perte de l'acte instrumentaire, un complément de preuve plus ou moins considérable, suivant que la nature et les circonstances de l'événement établiront elles-mêmes, à cet égard, des indices moins graves ou des présomptions plus fortes.

45. Tout fait de tiers, en dehors de la participation et du concours du créancier, est par cela même, quelle qu'en soit la nature, un événement fortuit et de force majeure. Je puis, en conséquence, prouver qu'un titre a été perdu par la faute et l'incurie du notaire détenteur; par le fait de celui à qui je l'avais confié, dans un déménagement, dans un déplacement d'archives, sauf aux tribunaux à apprécier, dans ce dernier cas, la vraisemblance des allégations, d'après la nature des mesures de conservation qui ont pu et dû être prises (1).

Alors, en effet, que l'événement établi ne rend pas lui-même suffisamment vraisemblable le fait de la perte alléguée, le créancier doit l'établir d'une manière spéciale et précise. Ce n'est pas que la preuve testimoniale ne soit encore admissible; mais elle doit être administrée avec d'autant plus de précision dans ses éléments, que la nature de l'événement laisse plus de doute et d'incertitude sur la perte de l'acte instrumentaire.

46. Lorsque le créancier a établi le cas fortuit et la perte de son titre, il lui reste à en prouver la teneur. La preuve des deux faits préliminaires n'a même été faite qu'en vue de le mettre à même de suppléer, quant à la teneur de son titre, la preuve littérale par la preuve testimoniale.

Sur ce dernier point, comme sur les autres, les juges ont un pouvoir très étendu d'appréciation.

47. Mais la preuve testimoniale n'est pas indéfiniment ni indistinctement admissible. Elle est sans doute admise, puis-

(1) Zachariæ, t. 5, p. 753, 1re édit., et t. 8, p. 356, 4e édit. — Riom, 29 nov. 1838. Sirey, 39, 2, 103.

que le titre qui servait de preuve littérale a été perdu par cas fortuit, soit qu'il s'agisse de choses excédant cent cinquante francs, ou alléguées contre et outre le contenu aux actes. Mais elle ne l'est que pour suppléer le titre péri ou perdu. Ainsi, le créancier doit se borner à établir par témoins la teneur de ce titre, sans qu'il soit fondé à rien prouver, par ce genre de preuve, contre et outre son contenu, ni sur ce qu'il prétendrait avoir été dit avant, lors ou depuis. A cet égard, on rentre dans les prohibitions ordinaires de la preuve testimoniale. L'exception est ici limitée comme sa cause. Étant fondée sur la perte du titre, elle n'admet la preuve par témoins qu'en son lieu et place seulement, et dans les seules limites de ses constatations justifiées. Il s'agit uniquement de suppléer l'acte instrumentaire, et non de le refaire, d'en étendre ou restreindre le contenu.

48. Lorsque l'acte qui a été perdu ou a péri est un acte authentique, son authenticité même est mieux faite pour rassurer la conscience du juge. Son existence prouvée suffit pour établir tout ce qu'il faut prouver.

Mais il n'en est pas tout à fait de même lorsqu'il s'agit d'un acte sous signature privée. Il ne fait, en effet, pleine foi que lorsqu'il est reconnu ou régulièrement vérifié. Or, le débiteur qui en dénie l'existence, dénie en même temps et nécessairement l'écriture et la signature. D'autre part, toute vérification est rendue impossible par la perte du titre. Tout retombe ainsi dans la preuve testimoniale, et l'existence matérielle du titre et sa force légale. Le créancier doit donc établir ce double fait de son existence et de son efficacité, en prouvant non-seulement qu'il a existé un tel acte, mais encore que l'écriture et la signature qui le constituaient appartenaient bien réellement à celui auquel il les attribue (1).

On comprend, dès lors, qu'il convient d'être plus exigeant

(1) Merlin, Quest., v° *Preuve*, § 7. — Toullier, t. 9, n° 215.

et plus sévère dans l'appréciation des preuves et présomptions invoquées.

49. Lorsqu'il s'agit d'un acte instrumentaire pour la validité ou la force probante duquel la loi exige l'accomplissement de certaines formalités spéciales, le créancier doit prouver, outre le cas fortuit, outre la perte et le contenu du titre, l'existence des formes et solennités prescrites par la loi.

Mais la preuve testimoniale ne cesse pas d'être recevable sur ce point comme sur les autres, sauf aux juges à se montrer plus sévères dans son examen. Tel est le cas où il s'agit d'actes privés pour lesquels la loi exige la formalité du double écrit ou du *bon pour* ou *approuvé;* d'actes publics pour lesquels la loi trace, sous peine de nullité, certaines formes particulières. Ce principe s'applique spécialement aux testaments (1) et aux exploits d'huissier (2), ou autres actes judiciaires et extrajudiciaires.

Du reste, on devra admettre en général que l'acte réunissait toutes les conditions voulues pour sa validité, lorsqu'il aura été détruit par la partie même qui avait intérêt à le supprimer, puisque cet intérêt n'existe réellement qu'en suposant la validité de l'acte.

50 La Cour d'Orléans (3) a décidé qu'un cohéritier est rece-

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 10, 1re édit., et t. 7, p. 10, 4e édit. — — DURANTON, t. 9, n° 48. — TOULLIER, t. 5, nos 656 et suivants; t. 9, nos 216 et suiv. — BONNIER, n° 113. — MARCADÉ, art. 1348, n° 5. — Cass., 24 juin 1828. SIREY, 28, 1, 434. — 12 déc. 1859. SIREY, 60, 1, 630. — Toulouse, 12 août 1862. SIREY, 62, 2, 480. — Orléans, 13 déc. 1862. SIREY, 63, 2, 73. — Toulouse, 17 janv. 1876. SIREY, 76, 2, 141. — Grenoble, 1er juillet 1875. SIREY, 76, 2, 142. — Rouen, 18 juin 1877. SIREY, 77, 2, 318. — Poitiers, 16 juillet 1879. SIREY, 80, 2, 147. — Poitiers, 23 mars 1881. SIREY, 1882, 2, 23. — Cass., 12 juin 1882. SIREY, 83, 1, 127.

(2) Cass., 13 déc. 1853. SIREY, 54, 1, 257.

(3) 26 juill. 1849. SIREY, 50, 2, 49. — Voy. encore Orléans, 24 nov. 1855. SIREY, 56, 2, 385. — Bordeaux, 3 mars 1868. SIREY, 68, 2, 166.

vable à prouver par témoins et papiers domestiques que son cohéritier doit à l'auteur commun, parce qu'autrement les fraudes seraient trop faciles; qu'il n'a pu se procurer une preuve littérale, et que si l'on exigeait de lui une preuve de cette nature, on le mettrait, le plus souvent, dans l'impossibilité de prouver la dette. Cet arrêt ne saurait faire jurisprudence. Car l'héritier représente le défunt, et sauf les cas de fraude et de soustraction de titre, il ne peut se placer dans aucune des exceptions consacrées par l'article 1348.

51. Les dispositions de notre article sont inapplicables aux billets de banque. Quelque soit l'événement de force majeure, incendie, naufrage qui en a entraîné la perte. Celui qui prétend les avoir perdus ne peut en exiger le remboursement (1). La nécessité de les représenter à la banque qui les a émis, se déduit de la nature même de ces titres et des conditions de leur circulation.

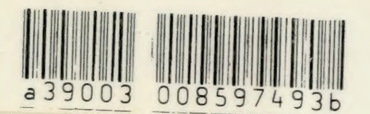
Quant aux titres au porteur, il nous suffit de renvoyer à la loi du 15 juin 1872 et au décret du 10 avril 1873, qui règlent les droits et les obligations du porteur, en cas de perte.

(1) Cass., 8 juillet 1867. Sirey, 67, 1, 317.

FIN DU SIXIÈME VOLUME



Limoges, imp. Ve H. Ducourtieux, 7, rue des Arènes.



DATE DUE

CAT. NO. 1137			

Univers... BIBLIOTH... Facultas Juris Civilis

